

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

RÔLE ET POUVOIRS DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL

DANS
LA PROCÉDURE DU DIVORCE
ET DE
LA SÉPARATION DE CORPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 22 Novembre 1929, à 14 heures

Par M. ARAMIS DUBOIS

Président : M. MOREL

Suffrageants : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE.
M. CASSIN.

1929

Imprimerie Moderne, 75, Rue d'Ile - Saint-Quentin

RÔLE ET POUVOIRS
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL
DANS LA
PROCÉDURE DU DIVORCE
ET DE LA
SÉPARATION DE CORPS

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

RÔLE ET POUVOIRS
DU PRÉSIDENT
DU TRIBUNAL CIVIL
DANS
LA PROCÉDURE DU DIVORCE
ET DE
LA SÉPARATION DE CORPS

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Soutenue le 22 Novembre 1929, à 14 heures

Par M. ARAMIS DUBOIS

Président : M. MOREL

Suffrageants { M. JULIOT DE LA MORANDIÈRE.
M. CASSIN.

1929

Imprimerie Moderne, 75, Rue d'Isle - Saint-Quentin

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

Il peut paraître à la fois téméraire et vain de prétendre aborder l'étude d'un sujet sur lequel il semble que l'on ait tout dit. Bien des auteurs — et non des moindres — ont consacré à la matière du divorce et de la séparation de corps des ouvrages des plus documentés et récemment encore, un auteur belge, M^e Arthur Pierard, avocat près la Cour d'Appel de Bruxelles, a accru leur liste déjà longue en y inscrivant son « Traité théorique et pratique suivant la « législation, la doctrine et la jurisprudence belges et « françaises et le droit international ». Ne risquons-nous pas, suivant l'expression de la Bruyère, « d'arriver tard, depuis qu'il y a des hommes et qui pensent ».

Peut-être y a-t-il encore quelque chose à dire. Les articles du Code qui régissent cette partie de notre droit sont avec les articles 1382 et suivants du Code Civil, ceux dont les Tribunaux ont le plus souvent à faire application. De 4.123 en 1885, le nombre des divorces prononcés par nos tribunaux est passé à 18.487 en 1927, après avoir été jusqu'à atteindre 23.599 en 1923. Le tribunal de la Seine en prononce à lui seul plus du tiers (7.500 environ en 1926 et 1927) (1). Il

(1) Ces renseignements de statistiques nous ont été obligeamment fournis par M. Boyer, commis-greffier du Tribunal Civil de la Seine ; nous aurons au cours de cet ouvrage à nous référer, à plusieurs reprises, à son "Petit formulaire suivi de jurisprudence", le vade-mecum du clerc d'avoué parisien.

n'est en outre peut-être pas de procès que l'on puisse engager avec le plus de chances de succès qu'une demande en divorce ou en séparation de corps. La jurisprudence et la pratique se sont étroitement unies pour faciliter la rupture du lien conjugal : la jurisprudence, par une interprétation, large à l'excès, de la notion d'injure grave où nos tribunaux, en toute liberté, par des décisions considérées comme souveraines parce qu'elles reposent sur une appréciation de fait, font rentrer les griefs les plus minimes ; la pratique, en utilisant les errements de procédure suivis devant nombre de juridictions ; c'est, dans cet ordre d'idées, la fréquence des jugements rendus par défaut, autrement dit sans débat ; c'est aussi l'usage couramment admis devant le tribunal de la Seine, notamment, de faire rendre sur simple production des dossiers par les avocats des parties, un « jugement d'accord ».

Dans une matière aussi riche en faits divers, il est toujours intéressant pour le juriste, à tout moment, de faire le point.

La guerre a, dans ce domaine, marqué son empreinte en obligeant la femme à jouer un rôle dont certains, par atavisme, la croyaient incapable, mais où, cependant elle a montré la plus grande maîtrise. Habitée à prendre une part active aux affaires, la guerre terminée, elle s'est difficilement résignée à reprendre son rôle de ménagère et nous assistons actuellement à une poussée lente, mais tenace, du féminisme vers les emplois que l'on considérait jusqu'alors comme réservés aux hommes.

Qu'une vie commune assurée toute entière par la femme vienne à se rompre, sera-t-il possible d'appliquer les solutions fournies par les textes établis, en vue de situations tout à fait différentes, par des hommes imbus des idées de notre Ancien Droit, portés à croire, comme l'étaient leurs ancêtres de Rome, à « l'imbecillitas, fragilitas sexus » ?

A des maux nouveaux, des remèdes nouveaux.

C'est pourquoi, nous croyons faire œuvre utile en étudiant dans cette matière du divorce et de la séparation de corps, et plus spécialement encore, dans l'examen des pouvoirs du Président du tribunal civil, siégeant comme magistrat conciliateur et comme juge des référés, quelques-unes des manifestations de ces tendances nouvelles.

Notre étude ne tendra pas tant à rappeler les principes que les travaux antérieurs nous ont enseignés qu'à faire connaître la pratique suivie par nos tribunaux et plus particulièrement par le tribunal civil de la Seine.

Nous essaierons de montrer combien l'on s'est efforcé d'éluder les sages mesures prises par le législateur pour arriver à la réconciliation des époux ; combien aussi les faits réagissent parfois sur le droit au point de le transformer et d'amener la pratique et la jurisprudence et aussi, mais à un degré moindre, le législateur à sacrifier des principes que l'on considérerait jusqu'alors comme intangibles. Nous en verrons, croyons-nous, quelques exemples dans l'interprétation extensive donnée par la jurisprudence aux textes qui prévoient la commission rogatoire ; dans les mesures provisoires

et conservatoires que doit prendre le magistrat conciliateur lorsqu'il dépend de la communauté un fonds de commerce dont la femme demande à conserver la gestion, pendant la durée de l'instance, ou lorsqu'il s'agit, en présence de circonstances exceptionnelles, de dépouiller partiellement le mari de ses fonctions d'administrateur des biens de la communauté.

Dans l'ordre des travaux parlementaires, ce sera la proposition de loi de M. le sénateur Catalogne qui tend à dispenser le demandeur en divorce de présenter en personne sa requête au Président du tribunal civil et à unifier ainsi, à leurs débuts, les deux procédures du divorce et de la séparation de corps.

Nous croyons possible de mener de front l'étude des pouvoirs du Président du tribunal civil dans la procédure du divorce et l'étude des mêmes pouvoirs dans la procédure de la séparation de corps. C'est que les dispositions relatives à l'une sont, en effet, applicables à l'autre, depuis la loi du 18 avril 1886. La seule différence qu'il convient de signaler, dès maintenant, consiste dans la dispense accordée au demandeur en séparation de corps de présenter lui-même en personne sa requête au Président du tribunal civil. Encore paraît-elle bien près de disparaître.

Dans une première partie, intitulée la « Double tentative de conciliation », nous étudierons la présentation de la requête et la tentative de conciliation proprement dite.

La seconde partie traitera des « Mesures provisoires et conservatoires » que le Président du tribunal civil

est amené à prendre comme magistrat conciliateur et comme juge des référés.

Dans le tout, nous nous efforcerons de garder un contact aussi étroit que possible avec les réalités vivantes.

PREMIÈRE PARTIE

LA DOUBLE TENTATIVE DE CONCILIATION

CHAPITRE PREMIER

PREMIÈRE ORDONNANCE

Paragraphe I. — Présentation de la requête.

A) Nécessité pour le demandeur en divorce de la présenter en personne.

Le premier acte de la phase préliminaire de la procédure du divorce et de la séparation de corps est une requête que l'époux demandeur présente au Président du tribunal civil devant lequel doit être portée l'instance que cette requête a pour objet d'introduire.

L'article 234, alinéa 1^{er} du Code civil, pour le divorce; l'article 875 du Code de procédure civile, pour la séparation de corps, en règlent les formes. Ils sont ainsi conçus: Article 234 du Code civil (loi du 18 avril 1886): « L'époux qui veut former une demande en divorce « présente, en personne, sa requête au Président du « tribunal ou au juge qui en fait fonction ».

Article 875 du Code de procédure civile: « L'époux « qui voudra se pourvoir en séparation de corps sera « tenu de présenter au Président du tribunal de son

« domicile, requête contenant sommairement les faits, « il y joindra les pièces à l'appui, s'il y en a ».

A comparer ces deux textes, on remarque immédiatement que l'un contient une prescription que l'autre ne mentionne pas. L'article 234 du Code civil exige la comparution personnelle de l'époux demandeur devant le Président chargé de recevoir la requête. L'article 875 du Code de procédure civile se borne à prescrire la présentation de la requête sans exiger cette comparution personnelle. Y a-t-il là un oubli du législateur ? Ou est-ce à dessein que ce même législateur a entendu conférer à la procédure du divorce une solennité qui pourrait ne pas exister ou exister à un degré moindre dans la procédure de la séparation de corps ? C'est à cette seconde hypothèse qu'il convient de se rallier. Mais pourquoi cette exigence ? Préoccupés, avant tout, d'étouffer *ab ovo* un procès qui pour être, selon certains, une nécessité sociale, n'en est pas moins un mal, les rédacteurs du Code Napoléon, et après eux, le législateur de 1884 et de 1886, n'ont rien voulu négliger qui puisse détourner le demandeur de son intention de rompre les liens du mariage, si cette rupture ne se justifie pas par des motifs suffisamment graves. Ainsi que nous le verrons plus loin, l'article 235 du Code civil impose au Président l'obligation de faire au demandeur les observations qu'il croira convenables. C'est pour répondre à cette préoccupation que cette formalité à laquelle la loi attache tant d'importance, a été introduite dans la procédure toute particulière du divorce. Si on ne la rencontre pas dans la procédure de la séparation de corps, dans laquelle le demandeur se borne à signer, avec son avoué, la requête « contenant sommairement les faits », sans être obligé de comparaître en personne devant le Président, c'est que la séparation de corps ne dissout pas le mariage, dont elle se borne à relâcher les liens. A des conséquences moins graves, devait nécessairement, dans l'esprit du législateur et dans les textes, correspondre des formalités plus simples. On pouvait, sans trop de craintes, laisser le demandeur agir seul, dans l'accomplissement de cette première formalité.

Mais la séparation de corps n'est pour ainsi dire qu'une situation d'attente; elle peut prendre fin par la réconciliation des époux; mais elle peut aussi aboutir au divorce. La loi du 6 juin 1908, incorporée dans l'article 310 du Code civil, dispose que lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement sera de droit converti en jugement de divorce sur la demande formée par l'un des époux. Cette nouvelle demande sera introduite par assignation à huit jours francs, en vertu d'une ordonnance rendue par le Président. Evitera-t-on dans cette hypothèse, de soumettre les époux, déjà séparés de corps, à toutes les formalités auxquelles doivent se conformer des époux qui intentent l'un contre l'autre une instance en divorce sans avoir passé par cet état intermédiaire? La volonté du législateur sera-t-elle toujours ainsi respectée, quel que soit l'état antérieur dans lequel vivaient les époux?

Non, L'un quelconque des époux séparés de corps peut faire convertir le jugement de séparation de corps en jugement de divorce, au moyen d'une procédure des plus sommaires dans laquelle on ne rencontre aucune des formalités préliminaires que nous trouvons dans une procédure de divorce ordinaire, notamment la comparution personnelle du demandeur devant le Président au seuil de l'instance. (Req. 19 nov. 1912. D. P. 1914-1-278). La loi de 1908 a bien prévu que l'ordonnance rendue par le Président fixerait le jour de la comparution (article 310, 6^e alinéa), mais il s'agit ici d'une mesure analogue au préliminaire de conciliation prévue par l'article 238, mesure à laquelle les parties ne manquent point, toutes les fois qu'elles le peuvent, de se soustraire pour s'y faire représenter par leur avoué. A quoi servirait d'ailleurs cette comparution puisque la conversion est de droit et que le législateur a tout fait, pour que les choses se passent le plus simplement possible.

Certains esprits vont même jusqu'à se demander si cette procédure, même simplifiée, ne paraît pas inutile, puisque le tribunal n'a aucune liberté d'appréciation (1).

(1) Planiol. Traité élémentaire de Droit Civil, Tome 4^{er}, n° 1354

Voilà donc une prescription, jugée par le législateur essentielle, éludée dans l'hypothèse d'une conversion d'un jugement de séparation de corps en jugement de divorce. En fait, le mal n'est point grand. La pratique révèle l'inutilité de cette comparution, au moins dans les grandes villes et notamment à Paris, où le trop grand nombre de demandes met le magistrat chargé de ces fonctions dans l'impossibilité matérielle de consacrer à chaque cas particulier le temps nécessaire pour bien les remplir.

B) Cas où le demandeur est dans l'impossibilité de comparaître.

En ordonnant la comparution personnelle du demandeur devant le juge, la loi a prévu le Plérumque fit, mais il fallait également prévoir l'hypothèse où le demandeur ne pourrait pas se présenter devant le magistrat. C'est l'objet de l'alinéa 2 de l'article 234 du Code civil, inapplicable bien entendu à la séparation de corps. Cet alinéa dispose « qu'en cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur ».

Deux cas peuvent se présenter. Le demandeur habite le ressort du tribunal ou bien il habite hors de ce ressort.

Examinons-les successivement :

a) Le demandeur habite le ressort du Tribunal.

On peut dire que c'est la seule hypothèse que prévoit l'article 234. Le Président compétent étant celui du tribunal appelé à connaître de la demande, ce magistrat ne pourra se transporter au domicile ou à la résidence du demandeur que pour autant que celui-ci se trouve dans le ressort de son tribunal. Un magistrat ne peut en effet accomplir, valablement, les actes de sa fonction que dans le ressort du tribunal auquel il est attaché. On ne concevrait pas que l'on pût obliger un magistrat, sous prétexte que le tribunal dont il

dépend est compétent, à l'exclusion de tous autres, pour connaître d'un procès, à se transporter d'un bout à l'autre de la France pour recevoir les explications d'une des parties intéressées au procès. Il convenait de limiter dans l'espace la tâche du juge.

Toutefois les nécessités nées de la guerre ont amené le législateur à faire momentanément échec à ce principe ; les difficultés financières dans lesquelles nous sommes trouvés, nous ont contraint à réduire sensiblement les charges de l'Etat ; l'un des moyens par lesquels on a cherché à atteindre ce résultat, a été de supprimer un certain nombre de tribunaux dont le rôle a été jugé insuffisant pour qu'on les laissât fonctionner à vide. Le décret du 5 septembre 1926, substituait aux tribunaux civils d'arrondissements qu'il supprimait, un tribunal départemental dont la compétence s'étendait, désormais, à tout le département. Ce nouveau tribunal était, dans certains départements, divisé en sections qui avaient leur siège au chef-lieu d'arrondissement.

En faisant l'application de ces nouvelles dispositions au cas prévu dans l'article 234 du Code civil, nous voyons que le magistrat pouvait être amené à accomplir de bien longs trajets pour recevoir la requête d'un époux demandeur en divorce. Cela n'était pas sans inconvénients. Ce n'aura d'ailleurs été qu'une œuvre éphémère, le Parlement venant de rétablir, dans leur presque totalité, les tribunaux supprimés.

Quand donc le demandeur habite le ressort du tribunal, le Président se transporte assisté de son greffier à son domicile ou à sa résidence, s'il justifie d'une impossibilité de se rendre à son cabinet. Plus large dans sa rédaction que l'ancien article 236, l'article 234 nouveau, alinéa 2^e, ne limite plus le transport du juge au cas de maladie certifiée par deux médecins ; il le prescrit dans tout cas d'empêchement dûment constaté. Il appartient naturellement au demandeur de fournir à l'appui de sa requête toutes les pièces propres à établir la preuve de l'empêchement et le Président reste juge du point de savoir si cette preuve est suffi-

samment établie, et si l'empêchement est tel qu'il ne permette pas au demandeur de se présenter devant lui. L'article 234 s'exprimant en termes généraux n'exclut aucune cause d'empêchement ; ce pourra être la maladie, le séjour à l'hôpital, l'internement, ou toute autre cause dont la valeur est laissée à l'appréciation du juge, ce dernier jouissant, en la matière, d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter la requête qui lui est présentée aux dites fins.

Qu'arriverait-il si le Président se refusait de se transporter alors que cette mesure serait réellement nécessaire ? La réponse à cette question dépend de la solution à donner à une question plus générale qui est celle de savoir quelle est la nature de la première ordonnance que rend le magistrat conciliateur. Nous la retrouverons dans le paragraphe troisième.

b) Le demandeur habite hors du ressort du Tribunal.

Nous venons de voir qu'en prévoyant la possibilité pour le magistrat de se transporter, en cas d'empêchement dûment constaté, au domicile de l'époux demandeur, l'article 234, alinéa 2, supposait nécessairement que cet époux habitait le ressort du tribunal compétent pour connaître de l'action en divorce qu'il était sur le point d'intenter.

Ce n'est point la seule hypothèse qu'il faille prévoir. Il arrive bien souvent que le demandeur, et notamment la femme, ait quitté le domicile conjugal depuis déjà un certain temps, lorsqu'il se décide à entamer la procédure, pour aller habiter chez des parents ou des amis, dans un lieu peut-être éloigné de celui où doit se dérouler l'instance. Comme l'article 234, alinéa 1^{er}, lui impose l'obligation de présenter en personne sa requête au Président du tribunal compétent, celui dans le ressort duquel est fixé le domicile conjugal, ce sont des distances parfois très grandes qu'il lui faudra franchir pour satisfaire à cette obligation à laquelle il ne peut se soustraire, dans le silence des textes, s'il veut mettre fin à une situation qu'il estime intolérable.

Sans même envisager ces longs parcours, on peut concevoir que tout en résidant assez près du chef-lieu judiciaire cet époux soit dans l'impossibilité de se déplacer pour une cause quelconque. C'est toujours le même obstacle qui se présente devant lui, puisque par hypothèse, ce demandeur habitant hors du ressort du tribunal compétent, le Président de ce tribunal ne peut se transporter auprès de lui pour recevoir sa requête. Voilà donc une partie mise dans l'impossibilité d'obtenir justice parce que la maladie ou la pauvreté l'empêchent d'accomplir le voyage qui l'amènera dans le cabinet du juge. Est-ce bien là ce qu'a voulu le législateur et si c'est bien sa volonté, n'est-on pas parvenu à se départir de cette rigueur primitive? Ce sont les points qu'il convient d'étudier.

Et d'abord, à quel moyen, à quelle procédure peut-on songer pour remédier à l'inconvénient qui découle de cet état de choses? A la commission rogatoire. C'est, on le sait, le procédé en vertu duquel un tribunal qu'un magistrat en charge un autre d'accomplir, à sa place, un acte de procédure que l'éloignement des lieux contentieux ou des parties met ce tribunal ou ce magistrat dans l'impossibilité d'accomplir. Procédé si indispensable que l'on peut dire que son absence entraverait le cours de la justice. Mais pouvait-on y songer? Les textes l'autorisaient-ils dans le cas qui nous occupe?

Rien dans l'article 234 ne permet de résoudre cette question, si ce n'est négativement. L'absence de toute disposition légale a conduit certains auteurs (1) à refuser le droit au Président de donner commission rogatoire au juge du lieu du domicile ou de la résidence de l'époux demandeur. A l'appui de leur opinion, ces auteurs invoquent les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1888 et l'article 238 du Code civil. Cet article qui fera l'objet de développements ultérieurs dispose dans son 1^{er} alinéa: « Au jour indiqué, le

(1) Baudry Lacantinerie-14 n° 94. Piérard. Traité théorique et pratique suivant la législation, la doctrine, la jurisprudence belges et françaises et le droit international.

« juge entend les parties en personne, si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation ou donne commission pour entendre le défendeur, etc... » C'est ce dernier membre de phrase qui constitue la base de l'argumentation de ces auteurs : si, disent-ils, dans cet article qui règle la procédure de conciliation proprement dite, le législateur a prévu la possibilité pour le Président de faire entendre le défendeur par commission rogatoire, n'est-ce pas là la preuve que ce procédé ne lui a pas échappé et qu'il a entendu en permettre l'usage uniquement lors de la comparution des parties devant le Président, telle qu'elle est régie par l'article 238 et, dans cette hypothèse même, uniquement en faveur du défendeur. Nulle part, ni dans l'article 234, ni dans l'article 238, on ne voit que le demandeur puisse bénéficier de cette mesure ; c'est donc bien que sa présence a été jugée indispensable, en toutes circonstances. Et les travaux préparatoires de la loi corroborent cette interprétation ; on lit, en effet, dans le rapport de M. Labiche, au Sénat, que « cette disposition s'applique au défendeur seul ».

Telle est la thèse de ces auteurs.

Toute la doctrine n'a pas admis cette manière de voir et les dissidents ont cherché, et dans les textes et dans les travaux préparatoires, la base de leur argumentation. Nous venons de voir que l'argument principal des auteurs qui soutiennent la première opinion, trouvait son origine dans une interprétation littérale de l'article 238, interprétation elle-même appuyée sur les travaux préparatoires. Qu'a-t-on dit à l'appui de la deuxième opinion : l'opinion extensive ? L'annotateur anonyme d'un arrêt de la cour de Riom, du 19 octobre 1910 (S. 1911-2-201), souligne la fragilité de cet argument qu'il parvient à faire tomber. Critiquant certaines dispositions de cet arrêt (sur lequel nous aurons bientôt à revenir), en ce qu'elles consacrent l'interprétation littérale de l'article 238, cet annotateur dit : « Ce texte, d'après la Cour de Riom, exclut par ces termes mêmes, la possibilité de donner commission rogatoire

« pour entendre le demandeur. Cette objection perd
« toute sa portée, si l'on se reporte aux travaux prépa-
« ratoires de la loi du 18 avril 1886 qui a donné à
« l'article 238 du Code civil sa rédaction nouvelle. En
« effet, l'article 238, tel qu'il avait été primitivement
« rédigé, prévoyait uniquement le cas où le défenseur
« serait dans l'impossibilité de comparaître, et en vue
« de cette hypothèse, il autorisait le magistrat compé-
« tent pour procéder à la tentative de conciliation
« à donner commission rogatoire pour l'entendre. Cette
« limitation a disparu de la rédaction définitive de
« l'article 238 qui prévoit aussi bien l'impossibilité de
« comparaître du demandeur que l'impossibilité de com-
« paraître du défendeur. Si l'une d'elles (les parties) est
« dans l'impossibilité de comparaître (v. Sirey lois
« annotées 1886. Page 52, note 8). Mais par une omission
« évidente on a négligé de modifier la suite de l'article
« pour la mettre en harmonie avec la nouvelle rédac-
« tion et c'est ainsi que l'on a maintenu la partie du
« texte primitif qui portait que, en cas d'impossibilité
« de comparaître du défendeur, le Président donnerait
« commission pour l'entendre, sans s'apercevoir que le
« texte modifié comportait nécessairement la même
« faculté en ce qui concerne le demandeur ».

Voilà pour la lettre du texte. L'esprit du Code ne se refuse pas davantage à cette interprétation. La démarche qualifiée par M. Planiol (1) d'insolite que le législateur a imposée au magistrat en l'obligeant à faire lui-même visite au plaideur, dans le cas où il habite le ressort du tribunal, nous montre que l'on n'a pas voulu laisser le mal dont il souffre sans remède. « La loi, « écrit M. Planiol (2), a prévu le cas où le malade se « trouve dans la ville même et non le cas où l'obstacle « que crée la maladie se complique de celui que crée « l'éloignement. Dans ce dernier cas, il est évident, si « l'on veut rester fidèle à l'esprit de la loi, qu'il faut « trouver un moyen de sortir de difficulté. La com-

(1) Planiol. Revue critique de législation et jurisprudence 1887, pages 693, 694.

(2) id.

« mission rogatoire s'impose et l'absence de texte n'est
« pas un motif suffisant pour la refuser, car il n'existe
« pas, je crois, un seul texte relatif à ce procédé si
« usité et inspiré par les nécessités de la pratique ».

Mais n'existe-t-il vraiment aucun texte d'où l'on puisse tirer le droit pour le Président de donner commission rogatoire pour entendre le demandeur domicilié ou résidant, par hypothèse, hors du ressort du tribunal, et qui se trouve dans l'impossibilité absolue de se déplacer ? Que dit, en effet, l'article 1035 du Code de procédure civile : « Quand il s'agira de recevoir un
« serment, une caution, de procéder à une enquête, à
« un interrogatoire sur faits et articles, de nommer
« des experts, et généralement de faire une opération
« quelconque en vertu d'un jugement et que les parties
« ou les lieux contentieux seront trop éloignés, les juges
« pourront commettre un tribunal voisin, un juge, ou
« même un juge de paix, suivant l'exigence des cas, etc. »
Inséré dans un Code de procédure, sous la rubrique
« dispositions générales », ce texte a nécessairement une portée générale et il doit en être fait application au cas qui nous retient actuellement, puisqu'il n'est pas à supposer que l'article 234 du Code civil ait été édicté en vue de déroger à la règle posée par l'article 1035 du Code de procédure civile promulgué postérieurement au Code civil.

C'est à cette seconde opinion que pour notre part, par adoption de motifs, nous nous rallions.

A côté de ces divergences doctrinales, quel système a suivi la jurisprudence ?

Là, aussi, deux tendances se sont manifestées, l'une restrictive, l'autre extensive.

Dans la première, nous pouvons citer deux décisions : un arrêt rendu par la cour d'appel d'Alger, le 2 février 1885 (S-1886-2-181) et un jugement du tribunal civil d'Hanoï du 25 octobre 1904 (D.D. 1909-2-148). Faisons abstraction, si l'on veut, de la décision de la cour d'Alger intervenue antérieurement à la loi de 1886, reste la décision du tribunal civil d'Hanoï, cela suffit pour marquer la divergence.

Cette opinion n'a pas prévalu. Le 30 mars 1909 intervenait un arrêt de la Cour d'Alger, qui admettait la commission rogatoire (S. 1909-2-285. Aff. Chergui épouse Cohen). Dans le même sens nous relevons un arrêt de la Cour de Riom du 19 octobre 1910 (S. 1911-2-201, Couderc c. Couderc), et un arrêt de Bordeaux du 28 juillet 1913 (S. 1914-2-214, Massy c. Massy). Le considérant principal sur lequel s'appuient ces décisions est que la règle posée par l'article 1035 du Code de procédure civile est d'une application générale, et que le silence de l'article 234 sur ce point ne saurait être considéré comme l'équivalent d'une interdiction et moins encore d'une dérogation aux dispositions générales de l'article 1035 du Code de procédure civile.

Enfin, couronnant le tout de son autorité suprême, la Chambre civile de la Cour de Cassation a rendu, le 29 février 1928, le premier arrêt sur la matière. (Gaz. Pal. 1928-1-718 Cacouault et dame Cacouault). Cet arrêt consacre l'opinion extensive, en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt rendu par la Cour d'Aix, le 13 janvier 1926, dans une affaire où la demanderesse habitait Paris, alors que le tribunal compétent était le tribunal de Grasse. La Cour déclare que l'art. 1035 du Code de procédure civile, en autorisant le juge à procéder par voie de commission rogatoire quand les parties ou les lieux contentieux sont trop éloignés, pose une règle générale, dont les dispositions des articles 234 et 238 du Code civil, relatifs à la matière du divorce, contiennent une simple application; il importe peu dès lors que, suivant le moyen proposé par le pourvoi, l'article 234 ne mentionne pas cette procédure et que l'article 238 ne la déclare expressément applicable qu'au défendeur empêché de comparaître, lors du préliminaire de conciliation. « Il n'en résulte pas, dit la « Chambre civile, que cette mesure soit interdite quand « le demandeur, résidant hors du ressort, se trouve, par « suite de circonstances qu'il appartient au Président « du tribunal d'apprécier, dans l'impossibilité de se « déplacer pour présenter sa requête, l'interprétation « contraire serait en divergence avec les principes posés « par la loi, puisqu'elle aurait pour résultat d'empêcher

« en ce cas, d'une façon absolue, l'introduction de la demande en divorce ».

On peut dire que c'est un point acquis.

A Paris, l'usage de procéder par commission rogatoire s'était couramment établi. Il avait été notamment réglementé par une circulaire de M. le Président Servin, du 27 novembre 1919, dont il nous paraît utile, pour résumer et clore cette matière et aussi pour pénétrer dans la vie intime de notre plus grand tribunal, de reproduire intégralement le texte (1): « Mon attention a été appelée sur l'intérêt qu'il y aurait à étendre à tous les demandeurs en divorce la faculté réservée jusqu'ici aux seuls bénéficiaires de l'Assistance Judiciaire, de pouvoir être entendus par voie de commission rogatoire, au cas où, se trouvant empêchés de comparaître en personne, ils résideraient hors du ressort du tribunal de la Seine.

« L'article 234 du Code civil, paragraphe 2, prévoit cet empêchement et détermine les mesures propres à y remédier, mais seulement pour le demandeur résidant dans le ressort du tribunal saisi. Une pratique constante, s'inspirant de l'esprit de ces dispositions, les a, en quelque sorte, étendues au cas où le demandeur, s'il est muni du bénéfice de l'assistance judiciaire, réside hors du ressort. Il n'apparaît aucune raison de fait ni de droit qui permette d'interdire pour les non-assistés ce que la nécessité a fait admettre pour les assistés, et qui n'est que le développement des prescriptions mêmes de la loi.

« Mais il convient, pour les non assistés comme pour les assistés, de *reindre* la procédure d'audition par commission rogatoire au cas même que vise l'article 234.

En cas d'empêchement dûment constaté précise-t-il, le juge, avant de délivrer la commission rogatoire qui serait sollicitée, devra donc s'assurer qu'il existe

(1) P. Boyer. Commis greffier au Tribunal Civil de la Seine. Procédure en matière de Conciliation de Divorce et de Séparation de Corps. Petit formulaire, suivi de jurisprudence.

« bien, à la comparution de l'époux demandeur, un *empêchement* et cet empêchement ne devra pas être
« seulement l'éloignement et les frais ou les ennuis d'un
« voyage ; il faudra que cet éloignement constitue bien
« un véritable *empêchement*, et ce, en raison des cir-
« constances spéciales comme seraient *l'état de santé*
« du demandeur, les soins que nécessiteraient de sa
« part un *établissement de commerce*, de *jeunes enfants*,
« la *dépense excessive* pour la situation qu'entraînerait
« la comparution, etc...

« Sous ces réserves, j'estime que sur la requête,
« qui vous sera présentée par l'avoué du demandeur,
« vous pouvez, après avoir constaté (1), comme le
« veut l'article 234 du Code civil, qu'il est *empêché* de
« comparaître, délivrer au Président du tribunal de son
« domicile une commission rogatoire à l'effet d'entendre
« en conciliation ledit demandeur. Le magistrat com-
« mis recueillera les déclarations du comparant tant en
« ce qui concerne la volonté par lui exprimée *de ne pas*
« *se concilier*, que sur les *mesures provisoires* et en
« dressera un procès-verbal qui sera, par le greffe,
« transmis à l'avoué du demandeur. *Celui-ci le signi-*
« *fiera au défendeur en le citant devant vous qui alors*
« *statuerez* ».

On le voit, par une interprétation large des textes, la Doctrine (2) et la jurisprudence sont parvenues à faciliter l'introduction de la demande en divorce et à la rendre possible même dans les cas où le silence des textes faisait présumer le contraire.

La guerre a fait naître d'autres cas qui, par leur complexité, et leur nature toute spéciale, ne pouvaient être résolus cette fois que par le législateur. Il fallait songer à l'époux mobilisé qui se trouvant, en fait,

(1) Pour que la partie demanderesse bénéficie de cette procédure, il est indispensable que la requête soit accompagnée des pièces justificatives telles que: certificat médical ou attestation du maire indiquant sa situation pécuniaire, suivant qu'elle invoque que son état de santé ou d'indigence, l'empêche de se rendre au siège du tribunal.

(2) Vraye et Gode n° 195.

dans l'impossibilité absolue de se conformer aux prescriptions des articles 234 et 238 du Code civil, ne pouvait former une demande en divorce ou une demande en séparation de corps, et « cependant, comme le disait « le sénateur Lhopiteau, dans son rapport, il pouvait « avoir intérêt à agir d'urgence soit pour sauvegarder « les intérêts matériels en péril, soit pour préserver « les enfants de promiscuités dangereuses ». C'est pour remédier à ces inconvénients que le Parlement a voté, le 30 mars 1916 (Journal Officiel du 12 avril 1916), **la loi concernant les actions en divorce et en séparation de corps intéressant les mobilisés**, dont il suffira ici de citer le premier alinéa de l'article 1^{er} : « Pendant « la durée des hostilités et jusqu'au jour de sa libération, l'époux mobilisé est autorisé à se faire représenter par avoué pour la présentation de sa requête en « divorce, ainsi que pour la comparution en conciliation « dans les instances en divorce ou en séparation de « corps ».

Cette loi votée pour la durée de la guerre a naturellement cessé d'être en vigueur dès la fin des hostilités.

Si, quittant la France, nous portons nos regards au delà de nos frontières, nous apercevons qu'une tendance semblable à celle dont nous avons déjà relaté les effets, se manifeste dans certain pays étranger. C'est ainsi qu'en Belgique, les Chambres ont été saisies d'un projet de loi tendant à simplifier la procédure du divorce. Ce projet, qui s'inspire d'une disposition du Code civil allemand (1), propose d'ajouter au Code civil un article 239 bis, rédigé comme suit : « La partie demanderesse qui résidera à l'étranger, lors du dépôt de la « requête, pourra la remettre au Président du tribunal « par un mandataire spécial. »

« Le Président du tribunal, après avoir convoqué la « partie défenderesse, pourra, par ordonnance motivée, accorder dispense de la comparution personnelle « prescrite par l'article 236, des formalités prévues par

(1) Voir Laurent Bailly. Le divorce et la séparation de corps en France et à l'Etranger. Paris 1910. P. 498.

« les articles 237 à 239 inclus et ordonner ensuite
« la communication de la demande et des pièces au
« Procureur du Roi et le référé du tout au tribunal. »

Ce projet de loi fut présenté en ces termes par le
Ministre de la Justice : « Les temps troubles que nous
« venons de passer, ont, une fois de plus, mis en lu-
« mière les conséquences, souvent lamentables, pro-
« duites par une procédure compliquée, spécialement
« à l'égard d'indigents (1) résidant à l'étranger et qui
« se trouvent dans l'obligation d'intenter une action
« en divorce devant nos tribunaux » (2).

On ne peut pas encore parler, en face des termes
dans lesquels est conçu ce projet, de dispense générale
et absolue. La faculté donnée au demandeur de faire
présenter sa requête par un mandataire spécial (3) est
essentiellement limitée au cas où ce demandeur réside à
l'étranger. Peut-être eût-il été plus logique de dire :
« la partie demanderesse qui se trouvera en dehors de
l'arrondissement dans lequel la demande sera formée » (4),
c'eût été un pas de plus vers cette dispense générale et
absolue. Le législateur belge ne paraît pas vouloir le faire.

En France, nous sommes bien près d'y arriver.

S'apparentant au groupe déjà nombreux des réfor-
mes qui tendent à favoriser la rupture du lien conjugal,
une proposition de loi due à l'initiative de M. le sénateur
Catalogne, vient d'être déposée devant le bureau
du Sénat (5) qui tend à unifier à leur début les deux
procédures du divorce et de la séparation de corps en
dispensant l'époux demandeur en divorce de l'obligation
de présenter lui-même en personne la requête au
Président du tribunal civil.

(1) Cette faculté ne s'étend pas qu'aux indigents, comme sem-
blerait le faire croire le texte (Sénat - Séance du 26 Février 1924.
Ann. Parlem. P. 542).

(2) Sénat - Séance du 17 Janvier 1923. Doc. Parlem. N° 51. P. 1.

(3) On a négligé de s'expliquer sur ce qu'il fallait entendre
par mandataire spécial.

(4) Pierard. Op. cit.

(5) Doc. Parl. Sénat Annexe N° 515. Année 1928, p. 506.

Aux termes de cette proposition remaniée par la Commission du Sénat, la nouvelle rédaction de l'article 234 serait la suivante: « L'époux qui veut former une demande en divorce présente sa requête, signée de lui et de son avoué, au Président du tribunal ou au Juge qui en fait fonctions.

« En cas d'interdiction légale résultant d'une condamnation, la requête à fin de divorce ne peut être présentée par le tuteur que sur la réquisition ou avec l'autorisation de l'interdit. Cette requête est signée par le tuteur, l'interdit et l'avoué.

« Lorsque l'époux se trouve dans l'impossibilité de signer, mention en est faite dans la requête avec l'indication des causes de cette impossibilité ».

Le Sénat, dans sa séance du 23 mai 1929, a adopté cette proposition. La Chambre des Députés n'a pas encore été appelée à la discuter. (1)

L'innovation apportée par cette proposition de loi aux textes actuellement en vigueur, paraît être considérable. C'est l'abrogation pure et simple d'une formalité à laquelle on sait que le législateur de 1886 attachait beaucoup de prix. Chaque année, le nombre des demandes en divorce va croissant. En face du péril social que crée l'abus du divorce, que fait le législateur? Il facilite aux plaideurs l'accès du prétoire en rendant possible l'introduction de la demande, si éloigné que soit le demandeur du tribunal compétent. Le demandeur n'aura plus à se déranger, à affronter le regard, parfois sévère, d'un Président tout entier à ses fonctions conciliatrices. Son avoué fera toute la besogne. Du moins était-ce là une des conséquences de la proposition de loi de M. Catalogne, dans son texte primitif, puisque les observations que le Président aurait cru convenables d'adresser à l'époux, il les aurait faites, non à ce dernier en personne, mais à l'avoué qui aurait été chargé de les transmettre à son client.

(1) M. TATON-VASSAL, rapporteur de la Loi, a, au nom de la Commission de Législation civile et criminelle, déposé son rapport (Annexe au Procès-Verbal de la 1^{re} Séance du 21 Juin 1929). Il conclut à l'adoption du texte voté par le Sénat.

La Commission de législation du Sénat, par l'organe de M. le sénateur Dauthy, rapporteur de la loi, n'a pas cru devoir aller jusque-là. Au texte proposé par l'honorable M. Catalogne, destiné à remplacer l'article 235 et ainsi conçu : « Le juge, après avoir entendu « l'avoué du demandeur et avoir fait les observations « qu'il croit raisonnables, destinées à ce dernier, or- « donne au bas de la requête... », la Commission a jugé préférable de substituer le texte suivant : « Le juge « ordonne au bas de la requête que les parties com- « paraîtront devant lui, aux lieu, jour et heure qu'il « indique et commet un huissier pour notifier la « citation.

« Il peut (voici le passage important) avant de ré- « pondre la requête, ordonner que l'époux demandeur « comparaitra devant lui, à jour et heure fixés, pour « recevoir toutes observations convenables. »

Cette substitution, le rapporteur la motive ainsi : « Si « fidèle que soit la communication faite par l'avoué à « son client, elle n'aura jamais l'efficacité d'une admo- « nestation paternelle, directement adressée par le juge « à l'époux. La sage précaution prise par le législateur « de 1886 doit être maintenue pour les cas laissés à « l'appréciation du magistrat, dans lesquels celui-ci es- « timerait que tout espoir de bonne entente dans le « ménage n'est pas abolie, ou bien encore qu'il lui « convient d'appeler l'époux à réfléchir sur les consé- « quences de la rupture du lien conjugal, notamment « en cas d'existence d'enfants. »

Nous ne pouvons que nous associer à cette déclaration.

Mais cette hypothèse mise à part, le demandeur ne comparaitra plus. Divorce et séparation de corps, voilà deux procédures, bien différentes par leurs résultats, devenues identiques dès le début. Chose impossible jusqu'alors, on pourra désormais, au cours d'une instance en séparation de corps, former une demande reconventionnelle en divorce.

Accusera-t-on le législateur d'insouciance ? Non. C'est un fait bien établi que la comparution du demandeur

au seuil de l'instance est devenue, comme nous allons le voir, une pure formalité. Son inutilité est certaine.

Pourquoi donc la maintenir ? Mieux vaut la supprimer.

Ce n'est pas dans le maintien des formalités existantes qu'il faut chercher les moyens de rendre plus rares les demandes en divorce, alors surtout que ces formalités ont perdu l'utilité qu'on pouvait leur reconnaître lorsqu'elles ont été édictées, mais bien plutôt dans une transformation de la moralité publique, dans un « renouveau » de l'idée de famille.

Paragraphe II. — Rôle du magistrat saisi de la requête.

A) Observations au demandeur (1)

Prévenu par son avoué des lieu, jour et heure où a été fixée la première comparution, le demandeur se rend dans le cabinet du Président qui l'y attend assisté de son greffier. Il s'y rend seul, sans être accompagné ni de son avoué ni de son avocat ; la loi n'a pas voulu qu'un tiers pût s'interposer entre le juge et l'intéressé pour qu'aucune influence étrangère ne vint diminuer les chances de réconciliation des époux.

L'article 235 du Code civil prescrit en effet au Président du tribunal civil de faire au demandeur, lors de cette première comparution, les « observations qu'il croira convenables ». Il faut entendre par là, non pas que le Président est libre de faire ces observations ou de n'en point faire, mais qu'il doit faire toutes observations utiles, pour que le demandeur renonce si possible à sa demande. Il doit prévoir, par exemple, le cas où n'auraient pas été envisagées certaines conséquences du procès, fâcheuses, soit pour la partie elle-même, soit pour ses enfants et les mettre en lumière. Il doit encore examiner les griefs allégués et si leur gravité est contestable, ou leur preuve difficile à faire,

(1) Inapplicable au Demandeur en Séparation de Corps.

le faire remarquer, en insistant pour l'abandon de l'instance.

Rappelons-le, cette entrevue du demandeur et du magistrat est souvent écourtée, au point de devenir tout à fait inutile. A Paris, en particulier, le même magistrat doit s'occuper d'un si grand nombre d'affaires dans une même après-midi, qu'il lui est matériellement impossible de consacrer à chacune le temps qu'il conviendrait. C'est à peine si quelques paroles sont échangées, et bien souvent, pour ne pas dire toujours, cette solennité procédurale « n'aboutit qu'à cette formule de sécheresse: Permis de citer » (1).

B) Fixation d'un jour pour la tentative de conciliation. — Permis de citer.

Si, en dépit des observations qui ont pu lui être faites, le demandeur déclare persister dans sa demande, le Président lui en donne acte et fixe le jour où l'autre conjoint pourra être convoqué devant lui pour la tentative de conciliation. C'est le permis de citer. Cette première ordonnance contient en outre la commission d'un huissier qui sera chargé de délivrer la citation. Quand le demandeur a obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire, c'est l'huissier désigné par le syndic des huissiers qui est chargé de cette signification ainsi que de celle de tous les autres actes nécessités par cette instance.

L'indication du jour et de l'heure de la comparution est laissée à la discrétion du Président. Toutefois, comme la citation doit être donnée au défendeur trois jours au moins avant le jour de la comparution (Code civil, art. 257), cet intervalle de trois jours au moins doit séparer ces deux degrés de conciliation.

(1) Exposé des motifs de la Proposition de Loi de M. CATALOGNE, citée plus haut.

C) Faculté pour le juge de statuer sur la résidence provisoire de l'époux demandeur et sur les mesures conservatoires. — Renvoi.

Aux termes de l'article 236 du Code civil, « le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément en indiquant s'il s'agit de la femme le lieu de la résidence provisoire ».

D'autre part, l'article 242 dispose que « l'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté ».

Il était nécessaire de prévoir la possibilité pour le demandeur de solliciter ces premières mesures dès la première ordonnance. La plupart du temps, elles s'imposent. La femme, notamment, aura intérêt à les prendre. C'eût été l'exposer au ressentiment et aux menaces de son mari que de ne pas lui reconnaître le droit à une résidence séparée dès le début de l'instance. De même l'efficacité des mesures conservatoires n'existe qu'autant qu'elles sont prises avant que le mari ait connaissance de la procédure qu'on entame contre lui, c'est-à-dire avant qu'il reçoive la citation en conciliation. Après il serait peut-être trop tard. Averti par cette citation, il ne manquera pas, s'il est resté, comme cela a lieu très souvent, en possession des effets de la communauté, d'en divertir une grande partie pour la soustraire au partage consécutif à la dissolution de la communauté.

Ces mesures présentent un trait commun : l'urgence. Il suffit ici de la noter, renvoyant à la deuxième partie leur étude plus détaillée.

D) Cas où le magistrat statue sur commission rogatoire.

Nous venons de voir quels étaient, lors de la première comparution, les pouvoirs du Président du tri-

bunal civil, par hypothèse compétent pour connaître de la demande, lorsque le demandeur peut se présenter devant lui. La question paraît offrir certaines difficultés quand l'éloignement du demandeur oblige à procéder par voie de commission rogatoire. Quels seront alors les pouvoirs du magistrat commis rogatoirement ? Seront-ils les mêmes que s'il statuait dans le cas prévu par les articles 234 et 235 du Code civil ? Ou ne devrait-on pas, au contraire, tenir compte, pour les restreindre, de ce que son intervention ne répond qu'à un but limité ? Cette question paraît susceptible de recevoir deux solutions : ou bien, décider que les pouvoirs conférés par les articles 234 et 235 du Code civil au Président du tribunal civil qui sera appelé à juger l'affaire, passeront tout entiers aux mains du magistrat commis rogatoirement ; ou bien, au contraire, n'accorder, à ce même magistrat, que des pouvoirs essentiellement limités au résultat à atteindre, à savoir l'abandon de la demande par le conjoint. Suivant que l'on adoptera l'une ou l'autre de ces solutions, on sera nécessairement amené à des conséquences différentes. Dire que le magistrat commis rogatoirement aura les mêmes pouvoirs que s'il statuait directement sur la requête initiale, c'est lui reconnaître non seulement le pouvoir d'entendre le demandeur, et de lui faire des observations, mais encore d'accorder le permis de citer et de fixer les jour et heure de la deuxième comparution. C'est aussi le charger de procéder à cette tentative de conciliation et de statuer sur tous les points que cette tentative a pour objet de résoudre, notamment sur l'autorisation d'assigner donnée au demandeur. On entrevoit immédiatement la conséquence bizarre de cette solution : un Président donnant au demandeur l'autorisation d'assigner devant un tribunal qui n'est pas le sien. En outre, décider ainsi, c'est obliger le défendeur à se déplacer, pour répondre à la citation qui lui sera faite, au lieu de la résidence de son conjoint. A cela, on a répondu, il est vrai, que le défendeur conservait toujours la faculté de faire défaut sur la citation de conciliation sans que la marche de la procédure en soit entravée, ou, s'il est lui-même empêché, de réclamer le bénéfice de l'article 238 du

Code civil, ce qui atténue sensiblement l'inconvénient (Alger 30 mars 1909, S. 1909-2-285).

Ce ne sont que des pis-aller : reconnaître au défendeur la faculté de faire défaut, c'est méconnaître la portée attribuée par le législateur à la tentative de conciliation ; autant dire qu'elle est inutile. Lui concéder le bénéfice de l'article 238, s'il est empêché, c'est lui permettre de se prévaloir d'un texte qui n'a pas été édicté pour cette éventualité. L'article 238 en prévoyant la possibilité de faire entendre le défendeur par voie de commission rogatoire, suppose que ce dernier habite hors du ressort du tribunal devant lequel le demandeur sollicite l'autorisation d'assigner. Or, dans l'hypothèse présente, il y habite.

La solution est donc mauvaise. Mieux vaut, selon nous, n'accorder au magistrat commis rogatoirement, que la mission de **recevoir les explications du demandeur et de lui faire les observations qu'il croira convenables**. Ce magistrat recueillera les **déclarations du comparant tant en ce qui concerne la volonté par lui exprimée de ne pas se concilier que sur les mesures provisoires et en dressera procès-verbal**. Ce sont les termes même qu'emploie M. le Président Servin, dans sa circulaire du 27 novembre 1919, citée plus haut et à laquelle nous renvoyons. En possession de ce procès-verbal, le Président du tribunal compétent **statue**, le défendeur entendu, ou dûment cité, sur les mesures provisoires et donnera l'autorisation d'assigner.

La Cour de Riom, par arrêt du 19 octobre 1910 (S. 1911-2-201, déjà cité) a statué dans ce sens. L'espèce était la suivante : une dame Coudere, résidant à Constantine, fit présenter au Président du tribunal de Mauriac, une requête tendant à faire donner commission rogatoire au Président du tribunal civil de Constantine, à l'effet de recevoir sa demande en divorce, de l'autoriser à citer son mari en conciliation, de procéder à la tentative de conciliation, de l'autoriser à former devant le tribunal de Mauriac, par assignation, sa demande en divorce et de statuer enfin sur toutes mesures provisoires, notamment sur la résidence de la

femme, la garde de l'enfant, etc... Par ordonnance du 9 avril 1910, le Président du tribunal de Mauriac a rejeté la requête de Madame Couderc, motif pris de ce qu'il ne lui appartenait pas, sans un texte formel, de changer la compétence attributive de juridiction. Sur appel, la Cour de Riom rend l'arrêt dont il est question et dont il convient de relater les considérants suivants :

« Attendu que si le premier juge aurait dû faire droit
« à la partie de la requête de Madame Couderc, tendant
« à commettre rogatoirement le tribunal de sa résidence
« pour recevoir sa demande en divorce, ce magistrat
« ne pouvait faire droit au surplus de la requête de
« l'appelante et notamment donner commission roga-
« toire au Président du tribunal de Constantine, à l'effet
« d'autoriser Madame Couderc à citer son mari en
« conciliation, procéder à la tentative de conciliation et
« à défaut de conciliation autoriser ladite dame à
« former devant le tribunal de Mauriac et par assigna-
« tion sa demande en divorce, etc... Que de telles mis-
« sions ne sauraient être données au magistrat commis
« sans modifier la compétence attributive de juridic-
« tion du magistrat commettant, qu'en effet le magistrat
« délégué doit se borner à dresser procès-verbal des
« opérations, qu'il suit que le Président du tribunal de
« Mauriac, qui peut confier au Président du tribunal
« de Constantine le pouvoir de recevoir la demande en
« divorce de Madame Couderc et de lui faire telles
« observations que de droit, ne saurait lui déléguer
« le pouvoir d'autoriser ladite dame à citer son mari
« en conciliation, etc... »

Nous n'hésitons pas à approuver la solution de cet arrêt, la seule qui nous paraisse conforme aux textes.

Paragraphe III. — Nature de la première ordonnance.

On répartit communément les ordonnances que rendent les magistrats soit dans la catégorie des actes de juridiction contentieuse, soit dans la catégorie des actes de juridiction gracieuse et l'on reconnaît qu'elles appartiennent à l'une ou l'autre catégorie suivant qu'elles

ont pour objet de trancher ou non un différend et supposent ou non un débat contradictoire des parties.

Il n'est pas discuté que l'ordonnance que rend le Président du tribunal civil tout au début de l'instance en divorce n'ait pas pour objet de trancher un différend. C'est, pourrait-on dire, un acte d'administration que le Président est nécessairement tenu d'accomplir sur le vu de la requête qui lui est présentée par le demandeur. Cette ordonnance, il ne peut se refuser à la signer n'étant pas juge du bien fondé de la demande. Elle rentre donc incontestablement dans la catégorie des actes de juridiction gracieuse et, comme telle, n'est pas susceptible d'appel.

L'article 238 du Code civil fournit à l'appui de cette solution un argument « *a contrario* », lorsqu'il prévoit 3^e alinéa, que l'ordonnance de non conciliation est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile. On ne rencontre aucune solution semblable à propos de l'ordonnance contenant permis de citer. C'est donc bien que le législateur a entendu la soustraire à toute voie de recours.

Mais nous avons vu que cette première ordonnance pouvait statuer sur certaines mesures provisoires, notamment sur la résidence séparée de l'époux demandeur et sur certaines mesures conservatoires. Le Président peut-il se refuser à le faire ? Peut-il notamment refuser à l'époux demandeur qui la sollicite, une résidence séparée ? Non, et quand l'article 236 dit qu'il peut autoriser la résidence séparée de l'époux demandeur, cela ne signifie pas qu'il ait le droit de refuser cette autorisation mais seulement qu'il peut contrairement à la règle suivie avant 1886 l'accorder dès sa première ordonnance⁽¹⁾.

Quant aux mesures conservatoires, à supposer que la décision du Président n'accorde pas toute satisfaction à l'époux demandeur, elles n'auront qu'un caractère essentiellement provisoire. Leur durée sera très brève,

(1) Garsonnet n° 174.

puisque quelques jours après, interviendra la deuxième comparution au cours de laquelle il sera loisible au demandeur de solliciter du Président de nouvelles mesures ou simplement la modification des mesures antérieurement prises.

Quoi qu'il en soit, si le Président s'était rendu coupable d'excès de pouvoir, en statuant sur des objets étrangers à sa compétence actuelle ou pris des mesures qu'il n'avait pas le droit d'ordonner, ce ne serait pas le cas d'interjeter appel, mais de solliciter en référé, c'est-à-dire contradictoirement, une seconde ordonnance rapportant ou rectifiant la première, ce que le demandeur peut faire en assignant d'heure à heure comme le lui permet l'article 808 du Code de procédure civile.

Il convient d'envisager un dernier cas, celui où le Président refuserait de se transporter au domicile ou à la résidence du demandeur (article 234) alors que cette mesure serait réellement nécessaire. La seule voie de recours possible serait la prise à partie. (1)

La solution serait-elle la même si le Président refusait, non pas de se transporter, mais de donner commission rogatoire pour entendre le demandeur domicilié hors du ressort du tribunal ? Il ne le paraît pas et la jurisprudence semble bien admettre ici la possibilité de l'appel. Mais si en pareil cas sa décision vient à être infirmée en appel, la Cour ne donne pas elle-même la commission rogatoire, mais renvoie le demandeur à se pourvoir devant le Président qui l'avait refusée à tort et qui est attributaire de juridiction pour leur donner (Bordeaux 28 juillet 1913 précité).

Nous n'apercevons guère les raisons de cette différence.

(1) Vraye et Gode n° 192.

CHAPITRE DEUXIÈME

DEUXIÈME ORDONNANCE

Paragraphe I. — Comparution des parties devant le magistrat conciliateur.

A) Les deux parties se présentent.

Avertis du jour où a été fixée la tentative de conciliation: le demandeur, par le Président, lors de la présentation de sa requête et par son avoué (c'est de cette dernière façon que le demandeur en séparation de corps est toujours prévenu), — le défendeur, par la citation en conciliation qui lui a été délivrée sous pli fermé (article 237 du Code civil), et contenant en tête la copie de la requête — les deux parties se présentent, audit jour, dans le cabinet du magistrat conciliateur. Le caractère de la comparution exclut toute assistance d'avoués, de conseils ou de parents. C'est ce que la loi décide expressément en matière de séparation de corps (article 877 du Code de procédure civile). A plus forte raison doit-on admettre la même règle en matière de divorce bien que le code civil soit muet sur ce point (1).

C'est naturellement lorsque les deux parties se présentent que le Président peut le plus facilement accomplir sa mission conciliatrice. Ses représentations, ses exhortations à la conciliation auront plutôt des chances d'aboutir si elles s'adressent aux deux époux à

(1) Vayre et Gode n° 222.

la fois. Il lui sera possible d'entendre les doléances, les explications de chacun d'eux, de leur faire entrevoir le caractère bien souvent bénin des griefs qu'ils invoquent l'un contre l'autre, peut-être même d'aboutir à la réconciliation des deux parties.

C'est là, il faut bien l'avouer, un résultat que peu de Présidents peuvent se réjouir d'avoir souvent obtenu. Au tribunal de la Seine, ce sont chaque jour, en quelques heures, des centaines de dossiers qui passent entre les mains d'un même magistrat commis à ces fonctions. Est-ce avec les quelques minutes qu'il peut accorder à chaque affaire que ce magistrat, si consciencieux soit-il, parviendra à mettre, même « en trois coups de cravache, un ordre provisoire dans ce ménage chaviré » (1) ? Certes non. A l'appel de leur nom, les deux époux, — au moins encore de nom, — entrent dans le cabinet du magistrat. Dans quelques minutes on les en verra sortir. Rien ne sera changé : leur visage exprimera toujours ou la haine, ou le mépris, ou la honte. Qui sait, quelques paroles auraient peut-être suffi pour tout apaiser. Le temps a manqué pour les dire, tout s'est passé avec une rapidité qui ne laisse pas parfois d'étonner les parties elles-mêmes.

B) Le demandeur se présente seul.

Nous envisageons ici le cas où le demandeur comparait seul, le défendeur faisant purement et simplement défaut. Le magistrat conciliateur se bornera à rendre une ordonnance de défaut contre le défendeur et renverra le demandeur à se pourvoir. L'ordonnance portera : « Nous, Président, donnons défaut contre X..., non comparant, bien que dûment cité ». Cela ne mettra d'ailleurs pas obstacle, sous le bénéfice des observations qui précèdent, à ce qu'il adresse des représentations au demandeur, qu'il réitère les observations qu'il lui a faites lors de la remise de la requête et qu'il tente ainsi de le faire revenir sur sa décision.

(1) René Benjamin. La Cour d'Assises. Ses Pompes et ses Œuvres.

C) L'une des deux parties est dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge.

a) Cas prévus par la loi.

L'article 238 dispose dans son premier alinéa que « si l'une des parties se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation ou donne commission pour entendre le défendeur ».

Deux hypothèses sont à distinguer, suivant que la partie empêchée de comparaître se trouve dans le ressort du tribunal compétent ou se trouve en dehors de ce ressort.

1° Si elle habite le ressort du tribunal, que ce soit le demandeur ou le défendeur, « si l'une d'elles se trouve... », la tentative de conciliation sera toujours possible. Il appartient, en effet, dans ce cas, au magistrat de déterminer le lieu où sera tentée la conciliation. Il jouit, pour faire ce choix, d'un pouvoir discrétionnaire qu'il exercera au mieux de l'intérêt des parties, en tenant compte par exemple des convenances de l'une d'elles, des scrupules qu'elle pourrait éprouver à se trouver dans tel ou tel lieu ou de toute autre cause dont le bien-fondé est laissé à son appréciation.

L'ordonnance qu'il rend dans ce cas, n'est qu'un ajournement de l'essai de conciliation qui sera tenté devant lui à tel endroit de son ressort qu'il indiquera d'après les circonstances.

2° Si la partie empêchée habite hors du ressort du tribunal, une sous-distinction s'impose suivant qu'il s'agit du demandeur ou du défendeur.

S'agit-il du **défendeur**, commission rogatoire sera donnée au Président du tribunal du lieu de sa résidence pour l'entendre (article 238). Nous disons, au Président, car nous estimons insuffisante, étant donné les caractères tout particuliers que présente la tenta-

tive de conciliation, une commission donnée à un juge de paix. (1).

Lorsqu'il y aura ainsi commission rogatoire, le demandeur présentera sa requête au magistrat commis, qui déterminera les lieu, jour et heure où le défendeur devra comparaître devant lui.

Le Président commis devra dresser procès-verbal pour constater soit le défaut de comparution du défendeur, soit, en cas de comparution, les explications qui lui auront été fournies.

Que le défendeur ait comparu ou n'ait pas comparu (2) le demandeur présentera, à nouveau, requête au magistrat commettant. Celle-ci sera répondue par une ordonnance qui fixera la comparution du demandeur pour recevoir les observations que le Président jugera convenables de lui adresser, lui communiquer les explications de son conjoint, si celui-ci a comparu, et l'autoriser enfin à assigner devant le tribunal, s'il déclare persister dans sa demande.

S'agit-il du **demandeur**, la lettre du texte interdit de donner commission rogatoire.

L'admettre c'est l'étendre à des cas non prévus ; c'est l'objet de la sous-section suivante.

b) *Extension de la commission rogatoire aux cas non prévus.*

Il faut supposer d'abord que le défaut de comparution du demandeur tient à un empêchement que ce dernier a pu faire valoir. S'il s'est abstenu de comparaître sans en faire connaître les raisons, son abstention doit faire supposer de sa part ou un abandon de

(1) En ce sens Vraye et Gode n° 226.

Contra : Faivre et Coulon, formulaire 4^e édition, p. 549.

(2) Nous nous écartons ici de l'opinion de MM. Vraye et Gode, qui estiment suffisant pour le demandeur de présenter une simple requête sans exiger sa comparution au cas où le défendeur n'aurait pas comparu.

la demande ou une réconciliation. Le magistrat n'a plus à intervenir ; la demande tombe d'elle-même et il en est ainsi, que le défendeur, lui, comparaisse ou non. L'absence du demandeur met le Président dans l'impossibilité de savoir s'il persiste dans son intention.

L'hypothèse que nous envisageons ici est tout autre. Le demandeur justifie d'un empêchement légitime. Il habite, nous le savons, en dehors du ressort du tribunal. La question qui se pose est celle de savoir si le Président va pouvoir donner commission rogatoire au Président du tribunal de sa résidence. Question controversée : En faveur de la négative, on invoque (1) le silence de l'article 238. L'article 238, dit-on, prévoit expressément la possibilité pour le magistrat conciliateur de donner commission rogatoire pour entendre le défendeur. La même disposition ne se rencontrant pas en faveur du demandeur, on conclut à l'impossibilité de semblable mesure. La procédure ne pourra suivre son cours.

Nous avons répondu par avance à ces arguments, lorsque nous avons essayé de réfuter la thèse qui déniait au demandeur le droit de se présenter devant le Président du tribunal de sa résidence quand cette dernière était fixée en dehors du ressort du tribunal compétent pour connaître de la demande et qu'il se trouvait dans l'impossibilité absolue de se déplacer. Nous avons vu (2) que le Président de ce dernier tribunal, saisi de la requête, pouvait valablement donner commission rogatoire pour entendre le demandeur.

Nous avons dit également quels étaient les pouvoirs qu'il convenait de reconnaître au magistrat commis rogatoirement (3) : qu'il ne pouvait s'agir, en particulier, pour ce dernier, sans modifier la compétence attributive de juridiction du magistrat commettant, de procéder à la tentative de conciliation et à défaut de con-

(1) Vraye et Gode, n° 233. Piérard Op. Cit.

(2) Voir pages 16 et suivantes.

(3) Voir pages 30 et suivantes.

ciliation autoriser le demandeur à assigner devant le tribunal. Sa mission se bornera à dresser procès-verbal des explications qui lui auront été fournies par le demandeur, tant sur sa volonté de poursuivre sa demande que sur les mesures provisoires et conservatoires qu'il sollicite.

Lorsqu'il aura été procédé à l'audition du demandeur, interviendra, à la requête de ce dernier, une ordonnance du magistrat compétent, qui fixera les lieu, jour et heure auxquels le défendeur devra être cité à comparaître seul devant lui, pour tenter le préliminaire de conciliation et, en cas d'échec, autoriser le demandeur à assigner devant le tribunal ; et nous avons vu qu'il était seul compétent pour le faire.

Le demandeur n'aura pas à y assister.

L'ordonnance contenant permis d'assigner devant le tribunal sera rédigée comme suit : « Nous, Président, « vu notre commission rogatoire en date du..., vu le « procès-verbal dressé par M. le Président du tribunal « civil de..., le..., contenant les déclarations de X..., dont « connaissance a été donnée à Y..., attendu que X... « persiste dans sa demande et refuse toute conciliation. « Le renvoyons à se pourvoir. »

c) *Projet de réforme législative.*

La proposition de M. le sénateur Catalogne dont il a été question dans les développements qui précèdent (1) tend uniquement à faciliter, à l'époux demandeur en divorce, la présentation de la requête préliminaire.

Les raisons de simplification de procédure, de célérité et d'économie dont elle s'inspire pouvaient être étendues à la tentative de conciliation visée par l'article 238 du Code civil.

C'est ce qu'à fort bien compris la commission de législation du Sénat. Voici comment s'exprime à ce sujet M. le sénateur Dauthy, rapporteur de cette propo-

(1) Voir Supra, pages 25 et suivantes.

sition de loi : « Si la femme demanderesse (et c'est le cas le plus fréquent) a dû quitter le domicile conjugal pour se réfugier chez des parents éloignés, pour fuir les sévices et mauvais traitements dont elle était l'objet, elle pourra, avec la modification à l'article 234 proposée par M. Catalogne, éviter de faire le voyage auquel l'oblige actuellement la présentation de la requête, mais elle n'en sera pas dispensée pour la tentative de conciliation. Tandis que, si elle est défenderesse, après abandon du domicile conjugal à la suite d'un flagrant délit d'adultère, elle pourra obtenir d'être entendue au lieu de sa nouvelle résidence et éviter ainsi un déplacement dispendieux ».

Ces raisons sont évidemment fort justes.

Toutefois ce passage contient une inexactitude que nous ne saurions passer sous silence. La femme demanderesse, y lisons-nous, ne sera pas dispensée de faire le voyage — que la proposition de M. Catalogne veut lui éviter pour la présentation de la requête — lorsqu'il s'agira de procéder à la tentative de conciliation. Il faut s'entendre. Ce serait exact si l'on appliquait à la lettre le texte du Code civil. Mais nous avons vu que la jurisprudence a étendu aux deux époux le bénéfice de la commission rogatoire, l'article 238 devant être interprété comme une extension en ce qui concerne le défendeur et non comme une restriction contre le demandeur (1). Ce dernier, dès l'instant où le magistrat fait droit à sa requête, n'a plus à se déplacer ni pour la présentation de sa requête, ni pour la tentative de conciliation proprement dite. Ces observations, les mesures provisoires qu'il sollicite, tout sera relaté dans le procès-verbal que rédigera le magistrat commis et c'est sur le vu de ce procès-verbal que le magistrat commettant prendra, en présence du défendeur seul, s'il comparait, les dispositions prévues par l'article 238 du Code civil. Et le défendeur ne saurait conclure à l'irrecevabilité de la demande parce que le demandeur ne se serait pas présenté à l'audience de conciliation

(1) Boyer. Petit formulaire, p 44. Circ. de M. le Prés. Servin.

(Voir jugement de la 14^e Chambre du Tribunal Civil de la Seine du 28 juillet 1926. Présidence de M. Croissels. Boyer formulaire page 124).

Nous ne saurions trop insister sur ce point.

Cette observation faite, il n'en reste pas moins qu'il convenait de remédier, par une disposition expresse, à cette anomalie. En conséquence, la Commission de législation du Sénat a proposé de modifier comme suit le premier alinéa de l'article 238 : « Au jour indiqué, « le juge entend les parties; si l'une ou l'autre se trouve « dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce « magistrat, après avoir apprécié les causes de cette « impossibilité, détermine le lieu où sera tentée la conciliation où donne commission pour entendre les époux « ensemble ou séparément ». (1)

Ce texte, s'il est adopté par la Chambre des Députés, mettra fin à la controverse que nous avons relatée, puisqu'il accorde expressément à l'époux demandeur, le bénéfice dont le défendeur est actuellement seul, aux termes de l'article 238, en droit de se prévaloir.

Combiné avec l'article 235 tel qu'on propose de le modifier, cet article 238 nouveau rendrait possible une simplification dans la procédure de conciliation. La nouvelle rédaction de l'article 235, rappelons-le, serait la suivante : « Le juge ordonne au bas de la requête que « les parties comparaitront devant lui aux lieu, jour « et heure qu'il indique et commet, etc... »

L'introduction du mot, lieu, à côté des mots jour et heure, pourra éviter une première tentative de conciliation vouée à l'échec, en permettant précisément au magistrat de fixer cette conciliation, dès la présentation de la requête introductive, en tout autre lieu de son ressort qu'au siège du Tribunal si cela lui paraît nécessaire.

Mais il est une autre conséquence que l'on se propose de lui faire produire et qu'il ne nous paraît pas possible

(1) Nous rappelons que le Sénat a voté ce texte.

d'admettre, d'après la lecture du texte. Il nous paraît d'autant plus nécessaire de la signaler qu'elle est l'expression de la pensée d'un homme dont on ne manquera pas, à juste titre, d'invoquer l'autorité. « Parlant, « lisons-nous dans le rapport fait au nom de la commission de législation de la Chambre des Députés, « par M. Taton-Vassal (1), du même esprit de simplification et tout en maintenant pour le juge la faculté « de tenter la conciliation des deux époux présents « en personne, le texte nouveau prévoit la possibilité « **d'entendre les seules observations des avoués...** »

Nous voyons bien que le magistrat pourra, en cas d'impossibilité de l'une des parties de se rendre auprès de lui, ou bien déterminer le lieu où sera tentée la conciliation ou bien donner commission rogatoire pour entendre les époux ensemble ou séparément. Mais c'est là une alternative. La possibilité d'entendre les **seules** observations des avoués, nous ne voyons pas que le texte l'admette. Une pareille innovation dans l'ensemble des formalités minutieusement organisées par le législateur, en vue de raréfier les divorces, devrait être, si on voulait l'y voir apporter, l'objet d'une disposition expresse. La faire résulter d'une simple interprétation du texte nous paraît impossible.

Nous aurons à nous demander bientôt s'il ne conviendrait pas, dans certaines circonstances, d'autoriser les parties à se faire assister de leurs avoués ou de leurs avocats dans le cabinet du Président. Nous verrons, en effet, que la jurisprudence reconnaît aujourd'hui au magistrat conciliateur le pouvoir de résoudre certains points de droit que les parties seules sont dans l'impossibilité, toute naturelle, de développer devant lui. L'examen de cette question nous conduira peut-être à désirer l'insertion d'une disposition expresse en ce sens dans la loi. Mais il ne pourra s'agir, en tous cas, que d'une « **assistance** ». Loin de nous la pensée de

(1) Il nous est agréable de renouveler ici à M. Taton-Vassal, Vice-Président de la commission de législation civile et criminelle de la Chambre des Députés, nos remerciements pour les renseignements qu'il a bien voulu mettre à notre disposition.

dispenser les parties de comparaître **en personne** devant le magistrat conciliateur.

Paragraphe II. — Rôle du magistrat conciliateur.

A) Les parties se réconcilient.

Avec une connaissance approfondie de l'affaire, quelque psychologie, un peu d'éloquence, beaucoup de tact et... du temps, c'est un résultat auquel un Président aboutit parfois. Il n'a plus qu'à s'en féliciter. Son rôle est terminé. Il renverra les parties sans dresser aucun procès-verbal.

B) La tentative de conciliation échoue.

Il est dans l'intention bien arrêtée de chacune des parties de ne pas se réconcilier avec son conjoint. La tentative de conciliation est d'avance vouée à l'échec. Que va faire le Président ?

Il est une question qu'il faut dès maintenant aborder parce que c'est elle qui, s'il y a lieu, va se débattre avant toute autre, dans le cabinet du juge, nous voulons parler du

Cas où le défendeur soulève, devant le magistrat conciliateur l'exception d'incompétence *ratione personae*.

[Ce n'est pas de la compétence *ratione materiae* qu'il s'agit ici: seuls les tribunaux civils sont compétents, à l'exclusion de tous autres, pour statuer sur les questions d'état (article 326 du Code civil) et si l'on n'a pas reproduit la disposition de l'article 234 ancien, dans la loi de 1886, c'est, de l'avis de tous les auteurs, qu'il était inutile de confirmer par un texte un principe de droit commun appliqué depuis très longtemps (1).]

(1) L'affirmation de ce principe avait paru nécessaire en 1804 alors que l'on substituait aux arbitrages de famille institués par la loi du 24 Août 1790 (Art. 12) les Tribunaux réguliers. Piérard Op. cit.

De droit commun, l'action doit être portée devant le tribunal civil du domicile du défendeur (article 59 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile). Ce droit commun est applicable à la matière du divorce depuis la loi de 1886 qui a supprimé la formule de l'article 234 (rédaction de 1884) aux termes de laquelle le tribunal civil compétent était celui « de l'arrondissement dans lequel les deux époux avaient leur domicile ». S'il était fréquent que les époux eussent, au moment où le procès s'engageait, le même domicile, il pouvait aussi n'en être pas ainsi, notamment au cas où les époux étaient déjà séparés de corps (1).

Le domicile du défendeur peut naturellement changer au cours d'une instance. Ce changement de domicile entraînera-t-il un changement de compétence, ou au contraire, n'existe-t-il pas un moment où cette compétence est fixée *ne varietur*, quels que soient les changements ultérieurs de domicile du défendeur? Ce moment, c'est, on le sait, celui où l'instance est engagée, et elle l'est au jour de l'assignation.

Cette solution, bonne pour une instance ordinaire, telle qu'une demande en dommages-intérêts, l'est-elle encore pour une instance en divorce ou en séparation de corps? Le doute peut provenir de la manière toute spéciale dont est introduite cette instance.

Quand peut-on dire que l'instance est liée? Est-ce au moment de la présentation de la requête, au moment du permis de citer, ou au moment de l'assignation?

La question s'était présentée autrefois en ce qui concerne la séparation de corps et elle avait été résolue en ce sens qu'il fallait considérer l'instance comme liée à partir, non pas seulement de l'ajournement, mais dès l'époque où était engagée la procédure préliminaire de conciliation. Il avait été jugé en effet que l'instance en matière de séparation de corps était liée par la requête expositive des faits adressée au Président (2).

(1) Colin et Capitant. Traité élémentaire de droit civil, page 216, tome I.

(2) Req. 27 Juillet 1825. Req. 8 Décembre 1880. D. P. 1881-1-260.

La même solution paraît applicable aujourd'hui en matière de divorce (1) et l'instance en divorce devrait être considérée comme introduite et la compétence du tribunal définitivement fixée, dès le moment où la requête en divorce a été présentée au tribunal (Douai, 5 janvier 1903, D. P. 1903-2-152) (2).

La compétence du tribunal est donc déterminée par le lieu où le défendeur a son domicile au moment où le Président est saisi de la requête (Cass. 6 juin 1926), avec cette remarque que ce domicile du défendeur sera toujours le domicile du mari. La femme ayant pour domicile légal celui de son mari, c'est ce domicile qui fixe la compétence du tribunal, quel que soit l'époux qui intente l'action. (Réserve faite cependant du cas où les époux sont déjà séparés de corps, auquel cas le domicile du défendeur peut n'être plus celui du mari si c'est ce dernier qui prend l'initiative de la demande).

La conséquence qui découle de cette solution est que tout changement de domicile du défendeur entre ce jour et celui de l'assignation est sans effet pour modifier la compétence du tribunal.

Il peut paraître singulier qu'on s'attache à cette procédure de conciliation pour fixer la compétence ratione personae du tribunal devant lequel la demande en divorce sera ultérieurement portée. Le tribunal n'est pas encore saisi ; les mesures préliminaires qui seront prises au cours de cette procédure lui sont pour ainsi dire étrangères. Il ne les connaîtra que parce qu'il sera amené, postérieurement à l'assignation qui aura pour effet de le saisir, ou bien à les modifier ou bien à les confirmer purement et simplement. Et cependant, c'est au cours de cette procédure de conciliation que se détermine la compétence du Tribunal appelé à connaître de la demande. M. le professeur Martin, dans

(1) Dalloz. Répert. Prat. Vo divorce n° 138 et les références citées.

(2) En ce sens, Carpentier, Divorce et Séparation de corps. T. 1, n° 1.076. Vraye et Gode n° 170. Coulon. T. 4, n° 99 et suivants.

ses notes sous Aubry et Rau, l'explique ainsi: Ces solutions s'expliquent selon nous, par le caractère tout particulier de la procédure de conciliation en matière de divorce. Cette procédure de conciliation et la procédure contentieuse qui la suit, sont étroitement liées l'une à l'autre comme sont liés l'un à l'autre en matière de divorce, la procédure et le fond du droit. Tout cela est spécial au divorce et il ne faut pas juger des pouvoirs du juge saisi de la requête comme on jugerait des pouvoirs du magistrat conciliateur de droit commun, l'opposition des deux idées de conciliation et de juridiction est beaucoup moins forte dans la procédure de conciliation qui précède l'instance en divorce que dans la procédure de conciliation de droit commun. C'est cette idée qui nous paraît justifier la détermination par et au cours de la procédure de conciliation de la compétence *ratione personae* du tribunal devant lequel la demande en divorce sera ultérieurement portée.»

Ce sont les mêmes raisons que l'on trouve développées chez d'autres auteurs (1). Elles nous paraissent absolument probantes.

Cette solution en entraîne nécessairement d'autres: la question de savoir à quel moment le tribunal doit être réputé saisi offre de l'intérêt à d'autres points de vue, notamment, pour nous en tenir au point que nous développons; en ce qui concerne les exceptions qui, comme l'exception d'incompétence *ratione personae*, doivent être opposées *in limine litis*. L'on sait, en effet, qu'aux termes des articles 168 et 169 du Code de procédure civile, la partie qui aura été appelée devant un tribunal autre que celui qui doit connaître de la contestation, pourra demander son renvoi devant les juges compétents et qu'elle sera tenue de le faire préalablement à toutes autres exceptions et défenses.

Si l'on appliquait les règles ordinaires, c'est seule-

(1) Planiol, Ripert et Rouast, page 457, n° 554. Voir aussi note de M. André Rouast sous Cass. Req. 10 Février 1925. (D. P. 1925 4-73).

ment après que l'instance serait engagée à la suite de l'assignation, que le défendeur devrait, s'il estimait que le tribunal, devant lequel il est cité à comparaître, est incompétent *ratione personae*, soulever l'exception.

Mais nous venons de voir que, dans la procédure du divorce, l'instance est considérée comme liée dès le jour où le demandeur présente sa requête au Président du tribunal. Le corollaire de cette règle est que le défendeur ne doit pas attendre l'assignation pour opposer le moyen, mais doit le faire au moment où il comparaît en conciliation devant le magistrat conciliateur, moment considéré comme étant, à son égard, le « *limen litis* ».

C'est là, une solution admise depuis longtemps par la jurisprudence (Req. 1^{er} juin 1891 D. P. 93-1-428. Paris 15 mars 1892 D. P. 93-2-367. Req. 25 juillet 1910 D. P. 1910-1-46. Lyon 26 juillet 1912 S. 1913-2-104. Req. 11 mars 1915 D. P. 1916-1-200. Dijon 14 juin 1920 D. P. 1921-2-60. Aix 22 octobre 1924 D. H. 1925 page 33. Cass. civ. 11 janvier 1928 D. 1928-1-112. Cass. civ. 12 mars 1928 D. H. 1928 p. 306. Colmar 20 mars 1928 Gaz. Pal. 1928 2-78). (1).

Le rôle du Président s'arrêtera-t-il là ?

Devra-t-il se borner à donner acte au défendeur de l'exception d'incompétence par lui soulevée, ou ira-t-on jusqu'à admettre qu'il a qualité pour statuer sur cette exception ? Cette question a été diversement résolue.

Et tout d'abord, examinons les conséquences auxquelles on aboutit suivant que l'on adopte l'une ou l'autre solution.

Si l'on refuse au Président le pouvoir de statuer sur l'exception, c'est au tribunal qu'il appartiendra nécessairement de le faire, lorsqu'il aura été saisi de la demande par l'assignation. Le président se bornera à donner acte du déclinatoire soulevé par le défendeur,

(1) Quelques décisions ont statué en sens contraire, mais leur système n'a pas prévalu. Voir notamment Trib. Civ. Seine 27 Décembre 1890, le Droit du 20 Janvier 1891, 16 Mars 1893 Gaz. Trib. 12 Sept. 1893.

à renvoyer les parties devant le tribunal, sauf à ordonner les mesures provisoires.

Que si le défendeur n'a pas comparu devant le magistrat conciliateur, il conservera toujours la faculté d'invoquer plus tard l'incompétence devant le tribunal.

Appartient-il au Président de statuer sur l'exception d'incompétence ? Il rendra alors une véritable décision contentieuse qui résoudra la question de compétence et sa décision sera définitive si elle n'est pas frappée d'appel dans le délai de quinzaine, comme permet de le faire l'article 238 du Code civil.

A l'inverse de ce qui se passait dans l'hypothèse précédente, le défendeur qui n'aura pas comparu devant le magistrat conciliateur sera déchu du droit d'opposer l'exception devant le tribunal, s'il n'a pas interjeté appel de l'ordonnance dans les délais précités.

Ces conséquences connues, voyons les raisons qui militent en faveur de l'une ou de l'autre solution.

Nous reconnaissons volontiers que les pouvoirs conférés par l'article 238 du Code civil au magistrat conciliateur sont des pouvoirs limités au but que s'est proposé le législateur en les édictant, et ce but n'est autre que la réconciliation des époux, à quoi tend toute la procédure préliminaire du divorce ou de la séparation de corps. Envisageant le pire, le législateur a abandonné entre les mains du Président du tribunal certains pouvoirs dont il était de l'intérêt des parties que ce magistrat pût disposer. Ce sont toutes les mesures provisoires et conservatoires prévues dans l'article 238, 2^e alinéa, et dans l'article 242 et qui sont destinées à parer au plus pressé. Ils ne pouvaient être plus étendus eu égard à leur nature toute exceptionnelle. Toute interprétation extensive des textes paraît dès lors condamnable.

Laisser au Président le soin de statuer sur l'exception d'incompétence, n'est-ce point, d'autre part, le faire juge d'une question dont la solution semble réservée exclusivement au tribunal. Si nous nous rappelons que sa décision a nécessairement un caractère définitif vis-

à-vis du tribunal, puisque ce dernier ne sera jamais appelé à en connaître, ne trouvera-t-on pas singulier que ce même tribunal ne soit jamais appelé à statuer sur sa propre compétence et qu'il doive se conformer sur ce point à l'ordonnance rendue par son Président ou à l'arrêt de la Cour intervenu sur appel de cette ordonnance ?

La décision que rendra le Président sera seule, enfin, à avoir un caractère définitif, alors que toutes celles qu'il peut prendre dans les limites que lui trace l'article 238, n'ont qu'un caractère provisoire.

Ces objections sont-elles sans réponse ? Nous ne le pensons pas. La simple énumération des pouvoirs que détient le Président du tribunal civil, lorsqu'il exerce ses fonctions de magistrat conciliateur, nous montre que le législateur a entendu l'investir d'une autorité, d'un pouvoir de décision, en rapport avec la dignité de la tâche qu'il remplissait. Nous en verrions une preuve, déjà suffisante, dans le fait de l'avoir chargé, pour en augmenter les chances de succès, d'un préliminaire de conciliation qui rentre ordinairement dans les attributions du juge de paix (articles 48 et suivants du Code de procédure civile).

C'est cette même autorité qui a permis de réduire, au point de la rendre imperceptible, l'opposition des deux idées de conciliation et de juridiction dans la procédure de conciliation qui précède l'instance en divorce. Les deux ne font pour ainsi dire qu'un et c'est de cette unité que se sont réclamés certains auteurs pour justifier la détermination par et au cours de la procédure de la conciliation de la compétence *ratione personae*. « Il est de règle, écrit M. le professeur Rouast « dans la dissertation très approfondie où il critique la « solution de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du « 10 février 1925, qu'une juridiction est maîtresse d'apprécier sa propre compétence. Avec la solution qui prévaut, le tribunal devant lequel un procès en divorce sera porté n'aura jamais à statuer sur ce point; il sera lié par la décision du magistrat unique qui a été délégué aux préliminaires du procès. Bien que

« ce magistrat soit en général son Président, il y a
« là une atteinte grave aux principes généraux de la
« procédure ; c'est le système du juge unique qui est
« admis, sans texte, pour résoudre les difficultés de
« compétence que soulève le divorce. »

Si l'on admet l'unité de juridiction de la procédure de conciliation et de l'instance, et nous avons vu qu'il fallait l'admettre, cette atteinte aux principes généraux de la procédure se trouve considérablement atténuée. Et si le tribunal est définitivement lié par la décision de son président sur la question de compétence, cela tient à la nature même de cette décision. Comme le reconnaît lui-même M. le professeur Rouast « la ques-
« tion de compétence ne peut être tranchée qu'une
« fois pour toutes par une juridiction donnée ou par
« le magistrat qui la représente. »

Quant au système du juge unique, sans doute il n'existe pas de texte général qui l'admette, mais n'avons-nous pas des textes particuliers qui, pour des matières données, confèrent au Président du tribunal civil une compétence incontestée. Ses attributions contentieuses sont sans cesse accrues par le législateur. C'est, en matière de rectification d'actes de l'état-civil, la loi du 23 novembre 1919 qui lui donne le pouvoir de décider **définitivement et au fond** ; en matière de loyers, toute la législation d'après-guerre qui lui confère la lourde tâche de trancher les différends que font naître les rapports, parfois très tendus, entre propriétaires et locataires. N'est-on pas alors en droit de se demander si nous ne nous acheminons pas, petit à petit, vers cette institution du juge unique dont on pouvait voir des manifestations dans les dernières réformes, éphémères sans doute, votées par le Parlement.

Et puis, n'est-ce pas simplifier considérablement la procédure du divorce et de la séparation de corps déjà si touffue, que de permettre au magistrat conciliateur de statuer, sans tarder, sur l'exception qu'un plaideur retors, à la recherche de moyens dilatoires, ne soulève que dans le but de retarder la solution du litige. Si l'on refuse, en effet, au Président le pouvoir de sta-

tuer sur cette exception — et nous verrons que c'était le système suivi par les Cours d'Appel — dès l'instant où le défendeur l'avait soulevée, le magistrat conciliateur devait se borner à lui en donner acte et renvoyer les parties devant le tribunal pour être statué sur cette question. Jusqu'à ce que le jugement fût rendu, aucune mesure provisoire ne pouvait être ordonnée. Cela n'était pas sans entraîner parfois de gros inconvénients dont la crainte amenèrent les Cours d'appel à reconnaître au Président le pouvoir de statuer immédiatement sur les mesures provisoires, comme juge des référés, et même sur la non-conciliation. Seule la question de compétence restait en suspens. Mais le Président du tribunal avait-il qualité, comme juge des référés, pour ordonner ces mesures et rendre une ordonnance de non conciliation ? Le principe de l'unité de juridiction de la procédure de conciliation et de l'instance ne recevrait-il pas une atteinte si le tribunal ne ratifiait pas la décision provisoire de compétence de son président ? Rien ne paraît moins certain (1).

Ces inconvénients disparaissent si l'on admet que le magistrat conciliateur puisse statuer sur l'exception d'incompétence qu'oppose le défendeur.

S'il se déclare compétent, il ordonnera les mesures provisoires que commande l'intérêt des parties, et donnera l'autorisation de citer; et l'on sait que cette ordonnance est exécutoire par provision, nonobstant appel.

S'il se déclare incompétent, il ne pourra, il est vrai, prendre pareilles mesures; mais il restera toujours la ressource à la partie qui les sollicite de les obtenir par voie de référé, ce qu'elle peut faire dès avant le dépôt de la requête, comme nous le verrons plus loin.

Tels sont les arguments qui nous paraissent devoir être produits pour reconnaître au Président le pouvoir de statuer sur l'exception d'incompétence.

Toute décision contentieuse supposant nécessairement un débat devant la juridiction qui est appelée à la

(1) Rouast Ibid.

rendre, c'est donc, si l'on reconnaît au Président cette compétence, un petit procès qui va s'engager dans le cabinet du juge. On peut se demander si les parties seront aptes à le plaider, comparaisant seules devant le magistrat conciliateur. Chacune d'elles apportera-t-elle à l'appui de ses prétentions tous les arguments propres à les faire triompher. Le demandeur en divorce, devenu, pour le moment, défendeur à l'exception, ne va-t-il pas se trouver démuni, surpris devant un adversaire qui aura su mettre à profit l'intervalle de temps qui s'écoule entre le jour où il a reçu la citation en conciliation et le jour de la comparution pour rassembler ses notes de plaidoirie, qu'il aura fait, au besoin, préparer par son conseil. La partie risque d'être inégale !

La difficulté n'est pas sans issue et c'est ainsi qu'il convient de développer l'idée que nous émettions plus haut de permettre aux parties de pouvoir se faire assister de leurs avoués ou de leurs avocats, dans le cabinet du juge, lorsque s'agite une question aussi complexe que peut l'être une question de compétence. Leur présence n'aura rien d'insolite : ce que la loi ne veut pas, c'est la présence d'éléments tiers au moment où le magistrat conciliateur s'efforce d'amener les parties à se réconcilier. Oui, là, il est nécessaire qu'elles soient seules. Aucune raison de fait ne s'oppose à ce que l'on permette l'entrée du cabinet du magistrat aux conseils des parties, pour discuter devant lui un point de droit. Combien sa tâche serait rendue plus aisée, quoi qu'on en dise, si ces mêmes conseils pouvaient participer à la solution d'une question que leurs explications contribueraient à rendre moins obscure.

A cela, il y a un obstacle de droit : c'est la prohibition édictée par l'article 877 du Code de procédure civile. Il suffirait précisément de l'écarter par une disposition expresse.

La pratique a, d'ailleurs, remédié déjà à l'inconvénient que nous signalions plus haut. A Paris, notamment, l'usage s'est établi, lorsque se pose devant le magistrat conciliateur une question de compétence et

qu'il apparaît à ce dernier que le demandeur n'est pas en mesure de combattre le moyen que lui oppose son adversaire, de renvoyer à un autre jour assez rapproché, le débat sur l'exception, laissant ainsi aux parties, ou mieux à leurs conseils, le temps de constituer un dossier aussi complet que possible.

Mais parler de cet usage, c'est aborder l'œuvre de la jurisprudence. Voyons ce qu'elle est.

Pendant longtemps, elle est restée divisée sur la détermination de la juridiction compétente pour statuer sur cette exception d'incompétence. Suivant la majorité des Cours d'Appel, le Président à qui cette exception est opposée doit donner acte du déclinatoire et renvoyer les parties devant le Tribunal qui statuera sur cette question (Lyon 27 mars 1891 S. 92-2-1. Paris 4 janvier 1910 D. 1911 2-244. Paris 9 juillet 1910 (Rec. Boyer, page 83). Amiens 20 juillet 1920, Lyon 27 novembre 1920, Dijon 14 juin 1920 D. 1921 2-60. Paris 9 janvier 1923. Gaz. Pal. 1923 1-596. Paris 20 février 1923. Montpellier 17 mars 1924 D. H. 1924-482. Paris 6^e chambre 3 juillet 1924 (Rec. Boyer, page 86) et aussi Tribunal civil du Havre 4 juillet 1925 Gaz. Pal. 25-2-597). Mais il peut statuer sur les mesures provisoires en qualité de juge des référés. Le défendeur qui n'aura pas comparu devant le Président conservera toujours la faculté d'invoquer plus tard l'incompétence devant le tribunal (Amiens 2 mars 1909 S. 1911. 230. Tribunal civil du Havre 4 juillet 1925 et Paris 6^e chambre 20 février 1923 précités) et cela, quand bien même il n'aurait pas interjeté appel de l'ordonnance (Paris 20 février 1923, Amiens 20 juillet 1920 et Lyon 27 novembre 1920 précités) (1).

Mais la Cour de Cassation, par arrêt de la Chambre des requêtes du 10 février 1925 (D. P. 1925 1-73 et la dissertation de M. le professeur Rouast) a décidé, au

(1) Un jugement du Tribunal Civil de Lille du 8 Février 1923 (Gaz. Pal. 23 1 598) fait une distinction entre les cas où la citation en conciliation a été signifiée à la personne ou seulement au domicile du défendeur ; mais, comme le remarquait l'annotateur anonyme de cette décision, cette opinion intermédiaire semblait avoir peu de chance de prévaloir.

contraire, que le président du tribunal est qualifié pour statuer sur l'exception d'incompétence. Rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Aix du 19 janvier 1924 qui avait confirmé une ordonnance rendue en conciliation en matière de séparation de corps par le Président du tribunal civil de Tarascon qui s'était déclaré compétent malgré l'exception d'incompétence soulevée devant lui, alors que le tribunal dont le Président n'est que le délégué était seul compétent *ratione materiae* pour statuer sur ce déclinatoire et que, d'autre part, la Cour d'Aix, saisie comme juge d'appel, n'avait pas plus de pouvoirs que le Président de statuer sur cette exception, la Chambre des Requêtes motive, en ces termes, le rejet : « Attendu que l'article 238 du Code civil en donnant au Président la mission, à défaut de conciliation, de renvoyer les parties devant le tribunal, de statuer sur la résidence, la garde provisoire des enfants, la remise des effets personnels et la pension alimentaire, lui attribue par là-même et nécessairement le pouvoir de rendre de véritables décisions judiciaires susceptibles d'appel ; que les parties étant tenues à peine de déchéance de soulever devant le Président, au début de l'instance et *in limine litis* l'exception d'incompétence *ratione loci*, il en résulte que le Président est compétent pour statuer sur cette exception. »

Et à sa suite, tribunaux civils (Tribunal civil de Vienne, 29 mai 1925 D. H. 1925 2-601), Cours d'Appel (Paris 4^e Chambre 3 novembre 1926 Section des référés 24 mars 1927, formulaire Boyer page 90 et suivantes. Paris 2 juin 1927. Paris 11 juin 1928. Colmar 20 mars 1928. Gaz. Pal. 1928 2-78) et Chambre civile de la Cour de Cassation (Civ. 11 janvier 1928 D. 1928 1-112. Civ. 12 mars 1928 D. H. 1928 P. 306. Civ. 25 juin 1928. Gaz. Pal. 1928 2-441) se sont prononcés en ce sens.

Ce système entraîne avec lui, cette double conséquence, que : 1^o le défendeur défaillant en conciliation sera déchu du droit d'opposer l'exception d'incompétence devant le tribunal lorsqu'il aura laissé acquérir à l'ordonnance de non conciliation l'autorité de la chose jugée (Tribunal civil de Vienne 29 mai 1925 précité.

Aix 22 octobre 1924 D. H. 1925 2-33); 2° qu'il n'est point nécessaire que le magistrat conciliateur se déclare **expressément** compétent; que par le simple fait de prendre une décision provisoire à la requête du demandeur, il admet **implicitement mais nécessairement** sa compétence et son ordonnance doit être frappée d'appel dans les quinze jours, sinon devient définitive, même du chef de la compétence; qu'il n'appartient pas au tribunal de réformer, de ce dernier chef, l'ordonnance de son Président, contre laquelle l'appel est la seule voie de recours (Cass. civ. 25 juin 1928 précité, dame Clerc c. Clerc).

Cette dernière conséquence, absolument inattendue de la pratique, n'a pas laissé d'y semer quelque désarroi.

Cas où une des parties soulève l'exception d'extranéité.

Dans la salle des pas-perdus de nos Palais de Justice, on rencontre là comme ailleurs multitude d'étrangers. Tous ne sont pas de simples visiteurs et il en est pour qui un divorce vaut bien une traversée. A ceux qui n'en seraient point convaincus il suffirait de rappeler la fameuse affaire des « divorces américains ».

Nos tribunaux admettent la compétence des juges français pour juger des litiges entre étrangers et notamment pour prononcer le divorce d'entre ces étrangers, dans certains cas déterminés, quand, par exemple, aucun des époux ne soulève l'exception d'incompétence (Trib. civ. Seine 19 janvier 1920. Clunet 1920, p. 198). Mais cette exception peut être soulevée par l'une des parties. Elle devra l'être, nous l'avons vu, devant le magistrat conciliateur. Sera-t-il compétent pour statuer ou devra-t-il en réserver l'examen au tribunal en se bornant à un simple donner acte? Ce n'est plus comme tout à l'heure un plaideur qui soutient que le Tribunal devant lequel il est appelé est incompétent *ratione personae*, parce que son domicile est fixé dans un lieu situé dans le ressort d'un autre tribunal. Le Président se trouve, ici, en présence d'un plaideur étranger qui prétend — non pas qu'un tribunal fran-

çais déterminé — mais que **tous** les tribunaux français sont généralement incompétents pour prononcer le divorce d'entre lui et son conjoint.

Aura-t-il qualité pour trancher la question ? La négative paraît cette fois s'imposer si l'on songe que cette question suppose, pour être résolue, un examen approfondi de l'affaire. Déjà complexe quand il s'agit entre étrangers d'origine, le débat l'est singulièrement davantage quand l'une des parties a changé de nationalité par son mariage. Ce sont, pour nous en tenir à la loi française, toutes les hypothèses prévues par la loi du 10 août 1927 sur la nationalité. Dans le cas notamment du mariage d'une Française avec un étranger, c'est la recherche de toutes les conditions auxquelles l'épouse a pu perdre sa qualité de Française. Les incertitudes créées par cette loi sont nombreuses ; il est vrai que le décret du 10 août 1927 s'est efforcé d'y remédier dans une certaine mesure, mais le procédé n'est-il pas illégal ?

Quoiqu'il en soit la jurisprudence ne s'est pas laissé arrêter par cet obstacle. Par arrêt du 6 mai 1929 (D. H. 1929 page 348), la Chambre civile de la Cour de cassation a reconnu au Président du tribunal, siégeant comme magistrat conciliateur, le pouvoir de statuer sur l'exception d'incompétence fondée sur l'extranéité des parties.

« Attendu, dit la Cour, que T..., appelant de l'ordonnance de non conciliation rendue par défaut le 8 juillet 1925, concluait expressément à l'incompétence du Président du tribunal de Toulouse, en raison de l'extranéité des parties ; attendu que la Cour, qui ne refusait pas à l'appelant le droit de soulever cette exception en cause d'appel, avait le devoir d'en apprécier la portée **comme eût dû le faire le Président du Tribunal civil s'il eût été saisi du déclinatoire.** »

En décidant ainsi, la jurisprudence pousse jusqu'au bout les conséquences du principe qu'elle a admis.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher de faire remarquer que les choses ne sont pas les mêmes que tout à l'heure : précédemment, il s'agissait de savoir si

un tribunal déterminé était compétent ou ne l'était pas pour connaître de l'instance et nous avons vu que le soin de résoudre cette question pouvait être aisément confié à un magistrat conciliateur. Ici, il ne s'agit de rien moins, pour le Président, que de dire si les tribunaux français sont généralement compétents ou non pour prononcer le divorce ou la séparation de corps de deux étrangers.

Convient-il d'étendre ainsi indéfiniment les pouvoirs du Président ? Nous ne le pensons pas : Nous lui concéderons volontiers, pour les raisons que nous avons cru pouvoir donner, le droit d'exercer, si l'on peut dire, une sorte de contrôle préalable sur les demandes qui lui sont soumises, et ce, dans le but d'écarter toutes celles qui ne seraient point en état d'être utilement examinées par le tribunal, en raison de son incompétence. C'est pourquoi, nous avons cru possible de lui reconnaître le droit de statuer sur l'exception d'incompétence *ratione personae* soulevée par le défendeur lors de la tentative de conciliation. A cela, avons-nous dit, nous ne voyons aucun inconvénient ; il reste au demandeur, si la prétention du défendeur est déclarée fondée, la possibilité de porter son action devant le tribunal compétent. Le rôle des tribunaux se trouvera de plus déchargé des instances qui ne sont, le plus souvent, introduites que dans le but de retarder la solution du litige au fond.

Mais là, croyons-nous, s'arrêtent ses pouvoirs. Dès que la solution d'un point de droit entraîne des conséquences aussi importantes que l'est le fait de déclarer tous les tribunaux de France incompétents pour connaître d'une instance en divorce entre deux étrangers, il faut s'arrêter. Et ce serait, à notre sens, distraire les plaideurs de leurs juges naturels que de leur retirer le droit de faire juger cette question par le tribunal au complet.

Nos magistrats conciliateurs se sont reconnu assez volontiers, comme les y autorisait la Cour suprême, le pouvoir de statuer sur l'exception d'incompétence *ratione personae*. Ils admettent plus difficilement qu'ils

puissent le faire quand l'exception est fondée sur l'extranéité des parties : à défaut de preuve certaine de cette extranéité, ils renvoient les parties devant le tribunal en se bornant à statuer sur les mesures provisoires.

C) Permis d'assigner. — Faculté d'ajourner les parties.

A supposer qu'aucune exception d'incompétence n'ait été soulevée, que la tentative de conciliation ait échoué, il ne reste plus au Président, selon les termes de l'article 238 du Code civil, qu'à rendre une ordonnance constatant la non conciliation ou le défaut et autoriser le demandeur à assigner devant le Tribunal, après avoir statué, s'il y a lieu, sur les mesures provisoires et conservatoires.

Il se peut toutefois que tout espoir de réconciliation ne soit pas perdu, et c'est pour en permettre la réalisation que le législateur a donné au Président la faculté d'ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires (article 238 6^e alinéa) (1).

Cet ajournement est susceptible de deux modalités :

Ou bien le Président ajournera les parties à ce délai, à l'expiration duquel elles devront se présenter devant lui.

Ou bien, il accordera séance tenante au demandeur un permis d'assigner dont il ne pourra faire usage que dans un délai déterminé, si ses intentions n'ont pas changé.

Dans la première hypothèse, les parties comparaitront à nouveau devant lui au jour fixé. Si le magistrat s'est borné à un ajournement pur et simple, sans indication de jour, le demandeur devra présenter à nouveau

(1) C'est là une faculté dont usent très peu les magistrats conciliateurs.

requête au Président pour que ce dernier fixe les lieu, jour et heure de la nouvelle comparution.

Dans la seconde hypothèse les parties n'ont plus à comparaître.

Cette faculté d'ajournement, le Président l'exerce avec un pouvoir discrétionnaire. Son ordonnance, sur ce point, est un acte de juridiction gracieuse. Il peut en user quelle que soit la nature des torts que l'un des époux ait envers l'autre, quels que soient les faits allégués par le demandeur, constitueraient-ils des causes péremptoires de divorce comme l'adultère.

Au jour fixé, le Président est tenu, si le demandeur persiste dans sa demande, de rendre une ordonnance l'autorisant à assigner devant le tribunal. Si sous l'empire de l'ancien article 240 on a pu soutenir que le tribunal qui pouvait accorder l'autorisation de citer pouvait aussi la refuser (1), aujourd'hui, on ne saurait reconnaître un pareil droit au Président (2). En aucun cas, il n'est juge de la gravité des motifs invoqués par le demandeur à l'appui de sa demande. L'autorisation d'assigner est la conséquence nécessaire du défaut de conciliation, elle constitue un droit pour le demandeur. Le Président ne saurait la lui refuser quand bien même il serait convaincu que les griefs exposés dans la requête ne sauraient, de par leur nature, constituer une cause de divorce.

D) Mesures provisoires et conservatoires. — Renvoi.

L'alinéa 2 de l'article 238 dispose que « le juge statue « à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux « demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la « remise des effets personnels et il a la faculté de « statuer également s'il y a lieu sur la demande d'ali- « ments ».

(1) Goirand page 70 et suivantes.

(2) Poitiers 7 Novembre 1923. D. P. 1924-2-146.

L'article 242 lui confère le même pouvoir en ce qui concerne les mesures conservatoires.

C'est généralement au cours de la tentative de conciliation que ces mesures sont prises, bien que nous ayons vu que l'article 236 — pour la résidence de la femme — et l'article 242 — pour les mesures conservatoires — permettent de le faire dès la présentation de la requête.

Ces mesures provisoires et conservatoires, ce sont la résidence de la femme, la remise des effets personnels, la garde des enfants, la pension alimentaire, la provision ad litem, l'apposition des scellés, la saisie-arrêt, la gestion d'un fonds de commerce.

Leur étude fera l'objet de la deuxième partie.

Paragraphe III. — Nature de la deuxième ordonnance.

La loi du 16 avril 1886, à laquelle est dû le nouvel article 238 du Code civil, a fait disparaître toutes les discussions qui s'étaient produites sous l'ancienne législation. Ainsi aujourd'hui, l'ordonnance du Président portant permission de citer en divorce et statuant sur les mesures provisoires est exécutoire par provision et susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile.

Mais cette ordonnance ne présente pas un caractère unique. Elle renferme deux ordres de dispositions bien distincts :

1^o Elle autorise le demandeur à assigner devant le tribunal.

2^o Elle statue sur les mesures provisoires et conservatoires et tranche éventuellement une question de compétence.

En tant qu'elle autorise le demandeur à assigner devant le tribunal (article 238, 1^{er} alinéa), l'ordonnance n'a aucun caractère contentieux. La décision qu'elle consacre résulte de l'échec du préliminaire de conci-

liation, la loi ne laissant au juge qui constate la non conciliation d'autres pouvoirs que celui de choisir entre l'autorisation immédiate d'assigner et l'ajournement des parties à un délai qui n'excède pas vingt jours. De ce chef, elle n'est pas susceptible d'appel.

En tant, au contraire, qu'elle statue sur les mesures provisoires ou sur une exception d'incompétence, elle est un acte de juridiction contentieuse ; l'appel est, de ce chef, possible.

Cette distinction et la double conséquence qu'elle entraîne ont été nettement posées par un arrêt de la Cour de Poitiers du 7 novembre 1923 (Gaz. Pal. 1924 1-224), qui a déclaré irrecevable, en tant que visant l'autorisation d'assigner, un appel formé contre une ordonnance de non conciliation du Président du tribunal civil de Saintes, rendu le 28 juin 1923 (Gaz. Pal. Ibid.).

Cette solution paraît conforme à l'avis de la majorité des auteurs (1) et à la jurisprudence antérieure (Bordeaux 21 décembre 1898, D. 1900 1-39).

Rappelons que l'ordonnance par laquelle le Président prononce le sursis prévu par l'article 238, 6^e alinéa, émanant de son pouvoir discrétionnaire, n'est pas susceptible d'appel, sauf toutefois en ce qui concerne la partie de cette ordonnance qui statuerait sur les mesures provisoires.

L'article 238 du Code civil contient dans ses alinéas 3 et 5 deux dispositions qui, à première vue, paraissent contradictoires : l'alinéa 3 prévoit la possibilité d'interjeter appel devant la cour de l'ordonnance rendue par le magistrat conciliateur, en tant que cette ordonnance statue sur les mesures provisoires.

L'alinéa 5 dispose que, lorsque le tribunal est saisi,

(1) Méryghac, *Traité théorique et pratique des ordonnances sur requêtes et référés* Tome 1^{er} n° 548. Garsonnet Tome 7 n° 488. Vraye et Gode n° 246. Piérard.

les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance par jugement du tribunal.

Il peut donc se trouver que le même jour, à propos des mêmes mesures, interviennent deux décisions: l'arrêt de la cour rendu sur appel de l'ordonnance de non conciliation, le jugement du tribunal rendu sur l'assignation, qui renferment des décisions contradictoires.

N'y a-t-il pas là double emploi ? Il n'en est rien et nous ne pouvons mieux faire pour le démontrer, que de reproduire ici un passage du discours prononcé par un membre du Sénat, M. Dauphin (1) : « Il peut y
« avoir, dit-il, des états successifs qui exigent des décisions diverses. Lorsqu'une Cour d'appel est appelée
« à juger sur des mesures ordonnées par un Président, elle statue sur ce qui existait à l'heure où le Président a rendu son ordonnance et elle dit, si le Président a eu raison ou s'il a eu tort, ce qui n'empêche
« pas que le tribunal saisi à nouveau sur un autre état de choses, doive examiner cet autre état et prenne
« d'autres mesures provisoires sans qu'il y ait aucune opposition entre deux décisions de justice. A ce jour
« 9 décembre, continue-t-il, il faut que les enfants, au lieu de rester entre les mains de la mère à laquelle
« on les avait confiés avec raison le 9 novembre, entrent dans un couvent, ce sont des situations successives
« que le juge examine en première instance, que la Cour apprécie au jour où l'ordonnance a dû être
« rendue, ce qui n'empêche le moins du monde, le Tribunal de rendre ultérieurement une autre décision. »

(1) Vraye et Gode n° 247.

DEUXIÈME PARTIE

MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

CHAPITRE PREMIER

DEVANT LE MAGISTRAT CONCILIATEUR

Paragraphe I. — Généralités

Lors de la première visite qu'un époux, sur le point de divorcer, rend à un avoué, il est un point que l'on ne manque pas d'aborder immédiatement après l'examen des griefs; c'est la question des mesures provisoires.

Du jour au lendemain, la situation de l'époux demandeur, et principalement celle de la femme, se trouve considérablement modifiée. La lutte est engagée: chaque partie va prendre position; dans ce débat qui met souvent aux prises des adversaires résolus à tout, tous les moyens seraient bons qui assureraient le triomphe de celui qui les emploie.

Il était cependant nécessaire que les moyens de combat ne fussent pas, tous, laissés au libre choix des parties. Il fallait en limiter le nombre et en contrôler l'emploi.

Il fallait en limiter le nombre; la stabilité de l'union se trouve certes très compromise, mais le mariage subsiste encore avec toutes ses conséquences: autorité maritale, puissance paternelle, incapacité de la femme mariée, devoirs réciproques de fidélité, secours et assis-

tance. De même, les conventions matrimoniales qui régissent la situation pécuniaire des époux continuent à produire leurs effets. Pouvait-on toutefois maintenir dans son intégralité l'application de ce principe ? L'intérêt des enfants, la sécurité des époux eux-mêmes, la sauvegarde de leurs droits, tout cela ne motivait-il pas quelques restrictions à ce principe ? Sans aucun doute, mais encore, fallait-il que le législateur se montrât circonspect dans le choix de ces moyens pour ne pas rendre tout à fait vaines les chances d'une réconciliation entre les époux.

Il fallait en contrôler l'emploi : les parties ne peuvent y recourir qu'après avoir obtenu l'autorisation du juge.

Ces mesures provisoires et conservatoires présentent toutes ce caractère commun d'être temporaires et révocables : il sera toujours possible, à raison de circonstances nouvelles, sans recourir à l'appel, de demander au juge des modifications à l'état de choses que les décisions antérieures auront établi.

Au reste, le magistrat devra agir, lorsqu'il édictera ces mesures, avec la plus grande prudence : il tiendra compte des faits articulés dans la requête, des aveux ou des dénégations de la partie défenderesse, de leur vraisemblance, de la qualité des parties et plus généralement de toutes les circonstances de fait. Pourra-t-il les ordonner d'office ? On ne pourrait lui reconnaître ce droit que l'article 240 accorde au tribunal, lorsqu'il s'agit de mesures provisoires qui lui paraissent nécessaires dans l'intérêt des enfants. L'initiative n'en appartient qu'aux parties.

Les décisions qu'il rendra en cette matière, pour être efficaces, devront être prises rapidement. Ici, apparaît le plus nettement le contraste entre la procédure du divorce proprement dite où tout est lenteur et atermoiement et la procédure applicable aux mesures provisoires et conservatoires où l'urgence s'impose.

La procédure et la compétence applicables à ces mesures diffèrent suivant le moment où elles sont prises.

On peut, à ce point de vue, les répartir en quatre catégories :

1^o Celles que le Président peut ordonner au moment où il reçoit la requête de l'époux demandeur (article 236).

2^o Celles ordonnées par ce magistrat à l'audience de conciliation lorsque cette tentative a échoué (art. 238).

3^o Celles qui sont prescrites par le tribunal (art. 240, nous ne les citons que pour mémoire, n'ayant pas à nous en préoccuper).

4^o Celles qui peuvent être ordonnées par le Président statuant en référé (article 806 du Code de procédure civile).

1^o Compétence du Président lors de la présentation de la requête.

L'article 236 donne au Président, lorsqu'il rend l'ordonnance permettant de citer le défendeur à comparaître devant lui en conciliation, le pouvoir d'autoriser l'époux demandeur à résider séparément et s'il s'agit de la femme, d'indiquer le lieu de sa résidence.

La jurisprudence, argumentant des mots « A nouveau » de l'article 238, alinéa 2, lui reconnaît en outre le droit de prendre toutes mesures relatives à la garde des enfants et à la remise des effets personnels.

L'article 242 dispose enfin, que dès la première ordonnance, l'un ou l'autre des époux peut, sur l'autorisation du juge donnée à la charge d'en référer, prendre, pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

2^o Compétence lors de la tentative de conciliation.

Si la tentative de conciliation n'aboutit pas, « le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de

« l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments. » (Article 238).

Cette compétence s'étend à toutes les mesures provisoires; elle est celle, en somme, du juge des référés avec cette seule différence qu'il n'est pas nécessaire que ces mesures soient motivées par l'urgence.

3° Compétence du Président comme juge des référés.

L'article 238 l'admet en ce qui concerne la résidence de la femme. Une jurisprudence bien établie l'étend, comme nous le verrons, à toutes les mesures provisoires, sous la seule condition qu'elles soient motivées par l'urgence. Elle existera toujours, en tout état de cause et par conséquent même après que le tribunal sera dessaisi, notamment pendant l'instance d'appel ou de cassation ou encore dans l'intervalle entre le prononcé du jugement définitif et sa transcription (Paris 25 novembre 1911, Gaz. Pal. 1911 2-618. Paris 16 avril 1913 D. P. 1914 2-204).

Ces mesures provisoires concernent la résidence de l'époux demandeur, la remise des effets personnels, la garde des enfants, la pension alimentaire et la provision ad litem.

Dans les mesures conservatoires on fait rentrer l'aposition des scellés, la saisie-arrêt, et la gestion d'un fonds de commerce.

C'est à l'étude de chacune de ces mesures que vont être consacrés les développements qui vont suivre.

Paragraphe II. — Mesures provisoires.

A) Résidence.

S'il est une mesure qui s'impose dès le début de l'instance en divorce ou en séparation de corps, c'est bien celle qui a trait à la résidence de l'époux demandeur. Il ne saurait être question de le contraindre à co-

habiter avec son conjoint: la femme, notamment, doit se voir déliée de l'obligation de cohabiter avec son mari.

On peut même dire que cette mesure relative à la résidence a été l'objet de la part du législateur d'une attention toute spéciale. Il la prévoit à trois reprises différentes, dans l'article 236 et dans l'article 238, 2^e et 5^e alinéas. A chacune des périodes distinctes et successives que traverse la procédure correspondent des décisions sur la résidence séparée.

La première période s'ouvre dès que la requête est présentée: le Président peut, dans l'ordonnance rendue sur cette requête, autoriser le demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu de la résidence provisoire.

La deuxième période a pour point de départ l'ordonnance de non-conciliation: le Président peut statuer à nouveau sur cette résidence.

Enfin la troisième période commence au moment où le tribunal est saisi: au cours de cette période, le tribunal et, s'il y a urgence, le juge des référés, peuvent statuer sur cette résidence.

Pour nous en tenir aux deux premières périodes, les seules que nous ayons à envisager dans ce chapitre, nous voyons que dès la première ordonnance contenant permis de citer, le magistrat peut autoriser l'époux demandeur à résider séparément. Ce dernier est d'ailleurs seul juge de l'opportunité d'une résidence séparée; le juge ne saurait la prescrire d'office. Il ne peut être question dans cette ordonnance que de la résidence de l'époux **demandeur**. Lui seul, d'ailleurs, comparaît, la mesure prise est, si l'on peut dire, unilatérale. Mais il est bien évident que par là-même le demandeur se trouve autorisé à avoir une résidence distincte de celle de son conjoint, la situation de ce dernier se trouve implicitement réglée.

Cette autorisation d'habiter séparément, le mari comme la femme peuvent la solliciter; la mission du juge ne sera cependant pas la même dans les deux cas.

Si c'est le mari qui sollicite une résidence séparée — et il ne le fera que s'il a l'intention de quitter le domicile commun — le juge n'a pas à lui assigner le lieu de cette résidence (article 236 a contrario).

Si c'est la femme qui requiert cette mesure, l'article 236 fait alors au Président l'obligation d'indiquer le lieu de cette résidence provisoire; mais il ne peut prescrire cette résidence provisoire à la femme que si elle est demanderesse (1).

A supposer que le Président n'ait pas statué sur cette mesure lors de la présentation de la requête, il pourra le faire dans l'ordonnance qui clôt la tentative de conciliation et, là encore, il ne pourra s'agir que de la résidence de l'époux demandeur (article 238). Cette solution se conçoit très bien si c'est la femme qui est demanderesse; mais si elle est défenderesse, le Président devra-t-il s'abstenir de lui fixer le lieu de sa résidence provisoire? Nous ne le croyons pas, pour la raison que voici: l'article 241 dispose que « la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en est requise; à défaut de cette justification, la mari peut refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites ». Pour donner une portée d'application à cet article, il faut nécessairement supposer que le lieu de la résidence provisoire de la femme a été fixé par le juge; on ne pourrait raisonnablement soutenir qu'il n'a été édicté qu'en vue du cas où la femme est demanderesse; il s'y applique, oui, mais il s'applique aussi au cas où elle est défenderesse: la seule différence est qu'elle encourt, dans le premier cas, une sanction à laquelle elle échappe forcément dans le second; dans les deux cas, elle court le risque de se voir privée de sa pension alimentaire, faute par elle de justifier de sa résidence dans la maison indiquée. Défenderesse

(1) Vraye et Gode. N° 558.

ou demanderesse, elle ne peut choisir comme elle l'entend le lieu de sa résidence (1).

Et il faut bien qu'il en soit ainsi. A défaut d'accord entre les époux sur ce choix (2), la Justice doit intervenir. L'autorité maritale, pendant le cours de cette instance, demeure entière; le mari reste le chef de la famille, comme il reste le seigneur et maître de la communauté. Sa surveillance doit continuer à s'exercer comme s'il ne s'agissait que d'une séparation momentanée, à laquelle une réconciliation, il faut tout prévoir, devrait un jour ou l'autre mettre fin. Aussi longtemps qu'un jugement passé en force de chose jugée n'aura pas transformé cet état de fait en état de droit, le mari reste en droit de veiller à ce que celle qui porte toujours son nom habite un lieu convenable.

Il est donc de l'intérêt commun des deux époux que la résidence de la femme soit fixée, soit d'un commun accord, soit par une décision judiciaire. Le juge, dans ce dernier cas, aura égard aux circonstances spéciales de chaque cause, à la profession exercée par la femme, à ses habitudes de vie; il devra aussi veiller à ce que cette résidence ne soit pas trop éloignée du lieu d'habitation du mari, afin de permettre à ce dernier de visiter ses enfants, si ceux-ci sont confiés à la mère. La loi a fait confiance au magistrat, à lui de rejeter toutes mesures qui ne trouveraient pas leur raison d'être dans l'intérêt bien entendu des parties.

Le plus souvent, la résidence provisoire de la femme, pour ne parler que de celle-là, la seule qui soulève quel-

(1) Lorsque le mari apporte, à l'audience de Conciliation, la preuve que la femme demanderesse en divorce ne réside pas au lieu qui lui a été assigné lors de la présentation de la requête, le Magistrat conciliateur peut déclarer la femme irrecevable à continuer ses poursuites. Il n'est pas nécessaire pour que cette déchéance s'applique, que le Tribunal soit saisi de la demande : l'art. 241 s'exprime en termes généraux (Jurisprudence du Tribunal de la Seine).

(2) La poursuite en divorce mettant fin à l'obligation de cohabitation, les époux peuvent convenir d'une résidence séparée et la fixer là où ils veulent.

ques difficultés, sera fixée en dehors du domicile conjugal. A la suite des mauvais traitements que lui aura infligés son mari, pour ne prévoir que cette hypothèse, elle aura quitté le domicile conjugal pour aller se réfugier chez des parents ou des amis ou en quelque autre endroit sûr. A quoi bon l'en faire partir ? Le Président l'y laissera.

D'autre fois, le mari aura quitté le domicile conjugal pour aller habiter peut-être quelque transitoire chambre d'hôtel. Nul obstacle, dans ce cas, à ce que la femme soit autorisée à y demeurer seule.

Mais qu'advient-il, lorsque des motifs impérieux dicteront à la femme de ne point abandonner ce domicile, où son mari s'obstine à demeurer, et où cependant sa présence, à elle, est nécessaire ? Le Président pourra-t-il assigner à la femme comme résidence provisoire le domicile conjugal et faire défense au mari de venir l'y troubler ? S'il le fait, ne portera-t-il pas atteinte à cette autorité maritale dont nous avons dit tout à l'heure qu'il convenait de la laisser entière.

En principe, il ne le peut pas (1). Cependant il est généralement admis que le Président peut autoriser la femme à demeurer au domicile conjugal et enjoindre à son mari d'en partir lorsque cette mesure est commandée par des circonstances **exceptionnelles**. Il en sera ainsi, notamment, dans le cas où la femme est propriétaire de la maison dans laquelle est établi le domicile conjugal alors d'ailleurs que d'autres circonstances militent en faveur de cette décision ; lorsque la femme — c'est là l'hypothèse la plus fréquente — y exerce un commerce qu'elle est seule à pouvoir exploiter et qu'elle ne pourrait transférer dans un autre endroit sans en compromettre la prospérité ; si la femme, en sous-louant des chambres et en prenant des pensionnaires, assure pour elle-même et ses enfants le logement gratuit et certains moyens d'existence, alors surtout que le mari est hors d'état de

(1) Paris 7^e Chambre 17 Novembre 1925, Rec. Boyer p. 116.

subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants et si l'intérêt du ménage l'exige.

En décidant ainsi, d'après les circonstances de la cause, le juge ne fait qu'user de son pouvoir d'appréciation et n'excède point la compétence qui lui a été attribuée en matière provisoire (Cas. Req. 27 février 1924 D. H. 1924 page 221, Cass. Req. 13 novembre 1928 D. H. 1928, page 590.)

Sans aller jusqu'à expulser le mari du domicile conjugal, le Président peut assigner à chacun des époux une partie de ce domicile. (Cas. Req. 27 février 1924 précité.)

L'autorisation donnée à la femme d'occuper seule le domicile conjugal entraîne pour elle le droit d'en expulser le mari par toutes les voies de droit et même par la force publique ; mais le caractère tout-à-fait exceptionnel de cette mesure a pour conséquence, à notre avis, qu'elle ne saurait être ordonnée lors de la présentation de la requête. Il est nécessaire que le mari puisse être entendu pour le mettre à même de faire valoir les raisons qui lui paraissent s'opposer à cette mesure. C'est pourquoi nous sommes portés à croire, avec la majorité des auteurs, qu'elle ne saurait être prise que lors de la tentative de conciliation, en présence du mari ou lui dûment appelé.

Comme toute mesure provisoire, elle peut être modifiée aussi souvent que les circonstances l'exigent : le magistrat conciliateur pourra, lors de la tentative de conciliation, fixer cette résidence provisoire dans un autre lieu que celui qu'il avait assigné lors de la présentation de la requête.

Et les mêmes changements seraient encore possibles si cette résidence avait été fixée par un commun accord des parties.

B) Remise des effets personnels.

La séparation d'habitation entraîne, au profit de celui qui l'obtient, le droit d'emporter ses « effets per-

sonnels » (article 238). La loi n'a pas spécifié ce qu'il fallait entendre par là. On s'accorde généralement à reconnaître que cette expression comprend tout ce qui est nécessaire à la vie journalière d'un individu et à l'exercice de sa profession : ce seront ses vêtements, son linge, des menus objets, des meubles meublants à usage personnel et même la moitié du mobilier commun, sans qu'il puisse s'agir d'autre chose que d'une mesure temporaire et révocable ne préjugéant rien quant au partage définitif à intervenir le cas échéant (Colmar 20 mars 1928). La liste pourra en être plus ou moins étendue suivant la condition sociale des époux, le juge jouissant, ici comme ailleurs, d'un pouvoir discrétionnaire. Dans la pratique et dans la généralité des cas, l'ordonnance de non conciliation se borne à prescrire la remise au bénéficiaire des « effets, linge et hardes à son usage personnel », on rencontre rarement une énumération détaillée : c'est cependant à ce procédé que l'on devrait avoir recours, pour éviter toute contestation, si l'une des parties prétendait emporter avec elle des objets qu'il n'est pas dans l'habitude de comprendre dans la dénomination générale d'« effets personnels ».

Le droit de la partie autorisée à quitter le domicile conjugal s'étend non seulement aux objets à son usage personnel, mais encore à ceux qui sont à l'usage de ses enfants si la garde lui en a été confiée.

Il peut être exercé lors du dépôt de la requête et lors de l'ordonnance contenant permis de citer, si la séparation d'habitation a été obtenue dès ce moment là (art. 236). Résulte-t-il de plein droit de la permission qui est accordée de résider séparément et pourrait-il être exercé alors qu'il ne ferait l'objet d'aucune disposition expresse dans l'ordonnance ? Nous ne le pensons pas, du moins en ce qui concerne la femme. Le mari est toujours maître de la communauté, il doit rester en possession de tout ce qui la compose. Toute dérogation à cette règle doit être, selon nous, expressément autorisée.

Ajoutons , qu'en fait , le magistrat conciliateur ne manque jamais de le prévoir.

C) Garde des enfants.

« Pendant qu'avec Hubert je disputais, notre enfant
« à la mort, il m'est apparu, dans cette chair bien
« aimée, comment les deux époux peuvent en vérité
« n'être qu'un dans une seule chair, ..mari et femme,
« ce n'est pas être mariés, cela n'empêche les diver-
« gences, les antipathies, les révoltes, ni hélas les tra-
« hisons, ...mais père et mère, on est prodigieusement
« identiques et unis ; on n'est que ces deux là sur terre
« à pouvoir faire qu'un » (1).

Union prodigieuse, unité, sont là choses peut-être bien fragiles quand elles ont été ébranlées par le coup terrible que leur porte le divorce. Résisteront-elles même jusque-là et ne convenait-il pas de prévoir dès le début une défaillance possible ? Etait-il bon de laisser la garde des enfants au père, en toutes circonstances, sous prétexte qu'il exerce la puissance paternelle ?

Non, assurément, mais pour résoudre ce problème délicat, le législateur ne pouvait poser de règle fixe. C'est ici plus que jamais qu'il convenait de laisser au magistrat conciliateur un pouvoir aussi discrétionnaire que possible et de ne lui imposer pour guide que l'intérêt bien entendu des enfants.

Ni l'article 238, ni l'article 240 ne spécifient quelles sont les mesures que le Président ou le tribunal doivent prendre — et on ne pouvait le faire. Ayant le champ libre, le juge a toute latitude pour ordonner toutes mesures qui lui paraissent s'imposer. La conséquence qu'il convient d'en tirer, c'est que la garde des enfants peut être enlevée au père dès le début de l'instance.
« Cette atteinte à l'un des attributs les plus essentiels
« de la puissance paternelle, renferme une dérogation
« grave au droit commun. Mais cette dérogation se

(1) Paul Hervieu. Le Dédale. Act. 3 Scène 4.

« justifie par des considérations de haute morale et
« par l'intérêt même des enfants. La société serait-elle
« donc restée désarmée devant les droits du père de
« famille assez peu soucieux de la pudeur de sa fille
« pour la laisser sous le même toit que sa concubine?
« Par un respect exagéré des principes, eût-il fallu lais-
« ser une enfant pure se corrompre l'esprit sinon le
« corps au contact de ces souillures ? Le législateur a
« donc été sage et prévoyant en permettant de frapper
« alors le père de famille indigne d'une sorte de dé-
« chéance et en le privant d'une des plus belles préro-
« gatives qui soient attachées à son rôle de père de
« famille ». (1).

S'il n'en est décidé autrement, l'enfant restera sous la garde du père.

Les termes vagues dont s'est servi le législateur laissent au magistrat conciliateur toute latitude dans le choix de la personne à qui l'enfant pourra être confié : il pourra l'être à la mère si son éducation, son bas-âge, les soins que nécessite son état l'exigent. Si la mère est comme le père incapable de diriger utilement et honnêtement l'éducation de ses enfants, le juge pourra les remettre à un tiers. Ce pourront être ses grands parents paternels ou maternels, des parents d'un degré plus éloigné, à leur défaut des amis ; enfin une maison d'éducation. Nous estimons, dans ce dernier cas, qu'il y aurait lieu, pour le magistrat conciliateur, de prendre l'avis des parents et de sanctionner leur accord s'ils s'entendaient sur le choix d'un établissement. Mais il est bien évident qu'en fait c'est à la mère que cette garde est le plus souvent confiée. Qui mieux qu'elle est, en effet, à même de pouvoir élever ses enfants selon leurs goûts, leurs aspirations et leur caractère. L'exemple de mères détournées de ce rôle naturel de gardiennes et d'éducatrices est rare et il faut s'en féliciter.

Que les enfants soient remis au père ou à la mère,

(1) Vraye et Gode, n° 515.

ou qu'ils soient confiés à des parents, à des amis ou à des tiers, il convient de réglementer le droit pour celui ou ceux à qui ils sont enlevés, de les visiter. C'est ce que l'on nomme le droit de visite. Pour en permettre l'exercice utile, le juge devra prendre garde que la résidence de la personne à qui il les confie, ne soit trop éloignée au point de rendre impossible tout déplacement. Il fixera également les jours et les heures où il sera possible de voir les enfants, l'endroit où ces visites auront lieu, c'est-à-dire, soit chez la personne même, soit chez un tiers, et prendra toutes dispositions utiles pour le temps des vacances, en ordonnant par exemple, qu'elles seront passées moitié chez la mère, moitié chez le père. Aucune règle fixe ne peut être donnée ; il faut se borner nécessairement à indiquer le *plerum* que *fit*, ne pouvant songer à prévoir toutes les hypothèses susceptibles de se présenter.

L'initiative des mesures à prendre dans l'intérêt des enfants est-elle réservée exclusivement au père et à la mère ? La raison de douter vient de ce que l'article 240 réserve au **Tribunal** le droit de les ordonner, soit à la demande de l'une des parties intéressées, soit sur celle de l'un des membres de la famille, soit sur la réquisition du ministère public, soit même d'office.

Ces dispositions sont-elles susceptibles d'être étendues et appliquées à cette phase de la procédure que constitue le préliminaire de conciliation ? Nous ne le pensons pas en raison des termes restrictifs qu'emploie l'article 240 (1). A cela s'ajoute d'ailleurs une impossibilité de fait : pour le ministère public puisqu'il n'est pas représenté auprès de cette juridiction exceptionnelle qu'exerce le magistrat conciliateur ; pour les membres de la famille, puisqu'ils n'ont pas accès dans le cabinet du juge. Resterait pour ce dernier la possibilité d'agir d'office. Nous ne croyons pas possible de le lui reconnaître après ce que nous avons dit du caractère que présentait ici l'intervention du Président.

(1) En ce sens Piérard et les références de jurisprudence citées.

Ses décisions sont susceptibles d'exécution forcée ; en cas de résistance de l'une des parties, l'intervention de la force publique peut toujours être requise. Ajoutons, de plus, sans y insister, que l'époux qui ne représenterait pas l'enfant à celui ou à ceux qui ont le droit de le réclamer se rendrait passible des peines prévues par l'article 357 du Code pénal (loi du 6 décembre 1901).

Le rôle du Président se trouve parfois réduit à l'entérinement d'un accord, car il arrive fréquemment que des époux plaçant en divorce règlent, entre eux, par convention, les mesures provisoires relatives à la garde des enfants. Nous estimons qu'une pareille convention, si elle est intervenue postérieurement à l'introduction de la demande, est tout à fait licite, la règle posée par l'article 373 du Code civil ne s'appliquant plus à partir de ce moment.

Les mesures provisoires dont il s'agit ne concernent enfin que les enfants issus du mariage dont la dissolution est poursuivie. Ceux qui pourront exister d'un précédent lit resteront confiés à leur auteur.

D) Pension alimentaire.

L'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps ne met pas fin à l'obligation de secours et d'assistance que se doivent mutuellement les époux (article 212 du Code civil). C'est même, pourrait-on dire, le moment où sa nécessité se fait le plus sentir. Du jour au lendemain, la situation pécuniaire de chacun des époux se trouve transformée. La femme est le plus souvent appelée à supporter les conséquences défavorables de ce changement. N'est-ce pas, pendant le mariage, le mari qui par son travail subvient aux frais du ménage et aux frais d'éducation des enfants ? Que ce mariage se trouve dissout et voici la femme aux prises avec les difficultés de toutes sortes qu'offre la vie journalière. Mal armée pour se défendre parce qu'elle n'a, peut-être, jamais eu à combattre, elle risque fort de ne pouvoir assurer à elle-même et à ses enfants l'indispensable à l'existence. La situation

inverse n'est d'ailleurs pas impossible à prévoir: pour un motif ou pour un autre le mari était hors d'état de travailler: la femme devra continuer à lui fournir des subsides.

Les textes relatifs à la pension alimentaire ne sont que la consécration, pendant la procédure du divorce ou de la séparation de corps, de la règle énoncée par l'article 212; elle en réunit tous les caractères.

Elle est réciproque (article 207). L'article 238 ne distingue pas entre le mari et la femme quant au droit à pension alimentaire. Celui-là y aura droit qui ne disposera d'aucunes ressources ou dont les ressources seront insuffisantes.

Elle variera :

1^o Suivant les besoins de l'époux demandeur. (Article 208). « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame... » La question est de pur fait. Le juge tiendra compte, pour en fixer le montant, de la condition sociale des époux, des dépenses auxquelles la femme, par exemple, était habituée par la fortune et l'état de maison de son mari, du fait qu'elle exerce ou non une profession, à supposer que les revenus qu'elle en tire soient insuffisants pour vivre; des charges qui peuvent lui incomber, comme l'éducation et l'instruction des enfants dont la garde lui aurait été confiée. On en tirera cette conséquence, que l'époux demandeur, et notamment la femme, n'aura droit à aucune pension pendant la durée de l'instance si elle exerçait antérieurement à l'introduction de la demande une profession qui lui assure ses moyens d'existence ou si elle dispose de revenus personnels suffisants dont son régime matrimonial lui donne la libre disposition.

2^o Selon les facultés de l'époux débiteur.

Les renseignements contenus dans l'inventaire des biens, qui est généralement dressé tout au début de la procédure, sera d'une grande utilité à ce point de vue. L'état de faillite ou de déconfiture du débiteur, ou

son admission au bénéfice de l'assistance judiciaire, ne le dispenserait pas de verser cette pension dont il y aurait lieu seulement de réduire le montant.

Ces règles posées, il faut dire que, dans la pratique, les magistrats conciliateurs se montrent fort prudents dans l'évaluation de la pension alimentaire qu'ils condamnent l'un des époux à servir à l'autre. Outre que les éléments d'appréciation dont ils disposent sont nécessairement restreints puisqu'ils ne consistent le plus souvent que dans les dires contradictoires des parties, ils hésitent à imposer à l'époux débiteur une charge qui exposerait ce dernier, s'il ne l'acquittait pas, à des sanctions assez sévères comme le sont celles que prévoit la loi du 7 février 1924 sur l'abandon de famille. Ils font œuvre sage en exigeant que l'époux qui la sollicite justifie d'une manière formelle de son manque de ressources.

Par sa destination, qui est de pourvoir aux besoins journaliers de la vie courante, la pension alimentaire doit être pécuniaire, autrement dit fournie en numéraire. Rien ne s'oppose cependant à ce qu'elle soit acquittée de toute autre manière, par exemple par des prestations en nature, telle qu'une résidence gratuite, avec cette remarque toutefois que l'article 210 ne pourrait, bien entendu, recevoir ici d'application. Le juge pourrait également permettre à la femme de gérer seule un commerce surtout si l'exploitation était dirigée par elle antérieurement à l'introduction de l'instance, à charge d'ailleurs de rendre compte de cette gestion soit à la liquidation de la communauté, soit même, périodiquement, pendant l'instance (Bordeaux 27 mai 1872, D. P. 1873-2-84, Paris 5 juin 1901, Gaz. Trib. 1902-2-53).

Serait encore licite, la faculté laissée à la femme, par le juge, de toucher directement les revenus de ses biens propres, en prenant bien soin d'ailleurs de spécifier que c'est à titre de pension alimentaire (Paris 21 février 1919, D. P. 1920 2-74).

A supposer — et c'est le cas le plus fréquent, — que la pension alimentaire soit directement versée par

l'époux débiteur à l'époux créancier, et consiste en numéraire, le juge pourra la déclarer quérable ou portable, payable d'avance ou à terme échu, par quartiers ou en une seule échéance, entre les époux directement ou par l'intermédiaire d'un tiers. Pour nous en tenir à la manière de procéder devant le tribunal de la Seine, notons que la partie de l'ordonnance qui a trait à cette mesure est toujours libellée comme suit : « Disons que « X... sera tenu de servir à sa femme une pension alimentaire de ... fr., payable par mois et d'avance, au « **domicile ou à la résidence de la femme** ». Cette dernière mention, d'origine récente, fut motivée par la loi du 7 février 1924 sur l'abandon de famille, voici comment : A défaut de disposition expresse, le paiement de la pension alimentaire devait être effectué, suivant l'article 1247, alinéa 2, au domicile de l'époux débiteur; elle était quérable. Poursuivi devant le tribunal correctionnel, sous l'inculpation du délit d'abandon de famille, pour être volontairement demeuré plus de trois mois sans acquitter les termes de ladite pension, le prévenu ne manquait jamais de soutenir que, la pension alimentaire étant quérable, il appartenait au demandeur de justifier d'une mise en demeure. Rarement celui-ci pouvait apporter cette justification et la poursuite tombait. C'est pour parer à ces moyens, que les magistrats conciliateurs ont fixé au domicile ou à la résidence de l'époux bénéficiaire, le paiement des mensualités. La pension étant portable, une mise en demeure préalable aux poursuites n'est plus nécessaire.

Dans la pratique, encore, c'est par l'intermédiaire des avoués que s'effectuent ces versements périodiques.

Il arrive assez souvent, surtout dans les affaires dites « d'assistance judiciaire » que la femme a obtenu antérieurement à sa demande en divorce ou en séparation de corps, conformément aux dispositions de la loi du 13 juillet 1907, une pension alimentaire par une décision rendue par le juge de paix. On sait, en effet, que cette loi, relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage, dispose dans son article 7 que « faute par l'un des époux de « subvenir spontanément, dans la mesure de ses fa-

« cultés, aux charges du ménage, l'autre époux pourra
« obtenir du juge de paix du domicile du mari, l'autori-
« sation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du
« produit du travail de son conjoint une part en pro-
« portion de ses besoins. »

Comment se concilieront les pouvoirs du magistrat conciliateur avec la décision dont est déjà nantie l'une des parties ? La première décision qui, à notre connaissance, ait été rendue en cette matière, est un arrêt de la Cour de Paris, du 6 juillet 1921, intervenu sur appel d'une ordonnance de non conciliation du Président du tribunal civil de la Seine du 23 février 1921 (Rec. Boyer, pages 99 et suivantes). Les faits étaient les suivants : antérieurement à l'introduction de sa demande et à sa comparution devant le magistrat conciliateur, une dame C... avait assigné son mari devant le Tribunal de paix et obtenu, le 15 octobre 1920, conformément aux dispositions de la loi du 13 juillet 1907, un jugement condamnant son mari à lui servir une pension alimentaire mensuelle de quatre cents francs, ledit jugement, valable pour un an seulement, frappé d'appel par le mari, devant le tribunal de première instance. En possession de ce titre, la dame C... se présente devant le juge conciliateur ; ce dernier lui alloue une pension alimentaire de deux cent cinquante francs et **décide que cette pension alimentaire remplacera celle attribuée par le juge de paix.** La cour réforme l'ordonnance du magistrat conciliateur par les considérants suivants : « Considérant que le juge conciliateur
« était, à n'en pas douter, incompétent pour se substituer d'office au juge compétent, valablement saisi
« par l'appel du mari et infirmer du fond de sa propre
« autorité la décision du tribunal de paix, qu'il n'y
« a pas à savoir si la décision du juge de paix a été
« rendue en exécution d'une loi spéciale n'ayant pas la
« procédure de divorce en vue. Qu'il suffit de constater que la loi du 13 juillet 1907 est applicable aux
« époux pendant toute la durée du mariage. Qu'au
« moment où le juge de paix a statué, le lien conjugal
« n'était pas encore rompu, qu'il ne l'était pas, il va
« sans dire, au moment de la comparution en concilia-

« tion, qu'il ne l'est pas encore aujourd'hui devant la
« cour... Considérant que le juge conciliateur aurait dû
« faire état du jugement du tribunal de paix dont les
« effets étaient d'ailleurs limités, dont il n'avait pas à
« apprécier les termes et dont il aurait dû simplement
« concilier les dispositions avec celles de l'ordonnance
« qu'il allait rendre. Considérant, ce principe étant posé,
« **qu'il convient d'ordonner la confusion partielle du**
« **profit des deux décisions, que du 15 octobre 1920,**
« **date du jugement de paix au 15 octobre 1921, le**
« **mari devra payer, sous réserve de l'appel du ju-**
« **gement du tribunal de paix, la somme mensuelle**
« **de quatre cents francs, somme dans laquelle se com-**
« **prendra, à partir du 22 février 1921, date de l'ordon-**
« **nance, celle de deux cent cinquante francs fixée**
« **par le juge conciliateur ; qu'à partir du 15 octobre**
« **1921, le titre exécutoire étant épuisé, le mari n'aura**
« **plus à verser que la somme telle que fixée par l'or-**
« **donnance, soit deux cent cinquante francs par mois.**»
« Par ces motifs..., infirme....»

Le droit à pension alimentaire, tel qu'il est établi par la loi du 13 juillet 1907, ne suppose pas nécessairement une séparation d'habitation. En est-il de même de la pension alimentaire qui peut être allouée à l'un des époux lors de la tentative de conciliation ? Une opinion fondée sur l'ancien article 268 du Code civil admettait une corrélation nécessaire entre le droit à la pension et la séparation d'habitation, si bien que la femme ne pouvait prétendre y avoir droit que si elle était autorisée à quitter le domicile commun. L'article 238 du Code civil ne permet plus pareille restriction. Trouvant son fondement dans la règle posée par l'article 212 du Code civil, la pension alimentaire peut être accordée en toutes circonstances, que les époux continuent à demeurer ensemble ou qu'ils aient chacun une résidence séparée.

Est-il possible au Président de statuer sur cette mesure dès l'ordonnance contenant permis de citer ? La rédaction de l'article 238 semble s'y opposer, les mots « à nouveau » n'étant pas reproduits dans le dernier membre de phrase de l'alinéa 2, et de fait on peut

dire que cette question ne se pose pas avec la même urgence que les autres prévues également par cet article. Nous estimons toutefois que le Président serait en droit de statuer sur ce point dès la présentation de la requête, si le demandeur justifiait d'une façon formelle de son état de dénuement complet.

E) Provision ad litem.

Il faut entendre par provision ad litem une somme d'argent que l'un des époux, notamment le mari, peut être contraint de verser à sa femme dès le début de l'instance pour lui permettre de faire face aux frais de cette instance.

Aucun texte spécial ne vise le droit de demander cette provision. On le fait découler de l'article 238 ; nous avons dit que l'article 238 procédait lui-même de l'article 212 : il n'y a donc pas lieu de distinguer entre la provision alimentaire et la provision ad litem, toutes les deux ont pour fondement l'obligation mutuelle de secours ou assistance entre époux et revêtent le même caractère de nécessité.

C'est encore parce qu'il convient d'assimiler les deux provisions, que nous estimons que les juges compétents pour allouer la pension alimentaire, le sont également pour accorder la provision ad litem. Nous reconnaissons, par conséquent, au magistrat conciliateur, le droit de statuer sur cette mesure. C'est là, il est vrai, une opinion contestée (Lyon 25 novembre 1921 D. 1921 2-52). On argumente pour n'accorder ce droit qu'au tribunal de ce que le Président ne peut ordonner que des mesures provisoires, que l'allocation d'une provision ad litem aurait nécessairement un caractère définitif, que le magistrat risquerait de grever lourdement le patrimoine du débiteur, puisqu'il ne pourrait fonder sa décision que sur les dires contradictoires des parties. Raisonner ainsi c'est, à notre sens, oublier que les décisions qui interviennent touchant ces mesures provisoires sont toujours susceptibles d'être modifiées ou même supprimées, en cours d'instance, si la situation des parties vient à changer (Orléans 3 avril 1889

D. P. 1889 2-184), et en admettant même que la décision qui alloue une provision *ad litem* revête ce caractère définitif, il n'y aurait aucune raison, aujourd'hui, pour interdire au magistrat conciliateur de la prendre : nous avons vu, en effet, que la jurisprudence (voir les arrêts rendus en matière d'exception d'incompétence), reconnaît au Président le droit de rendre de véritables décisions judiciaires susceptibles de trancher, une fois pour toutes, un point de droit. Il n'est pas impossible de prévoir qu'un jour viendra où la jurisprudence étendra à la mesure dont il s'agit la même solution. En fait, cette solution s'impose ; dès le début de l'instance le demandeur doit faire l'avance de frais assez considérables, que les exigences de la fiscalité moderne rendent de plus en plus lourds. C'est une requête à déposer, une ordonnance à faire enregistrer, une citation à faire délivrer, une grosse d'ordonnance à lever, une assignation à lancer ; tout cela coûte assez cher pour que les avoués se soient vus obligés d'exiger de leurs clients le versement immédiat d'une provision qui varie habituellement entre cinq cents francs et mille francs. Décider qu'il n'appartient qu'au tribunal d'allouer cette provision, n'est-ce pas mettre le demandeur dans l'impossibilité de parvenir jusqu'à lui, et, s'il y parvient, l'obliger aux frais supplémentaires que nécessitera l'obtention d'un jugement avant dire droit ? Si l'on décide d'autre part, avec la jurisprudence, que cette provision ne peut couvrir que les frais à venir (Paris 28 mai 1913 D. P. 1913 2-358), ce sont tous les frais antérieurs à l'assignation qui devront être supportés par l'époux demandeur.

La pratique suivie devant les tribunaux n'est point partout la même. A Paris, le magistrat conciliateur ne statue jamais sur la demande de provision *ad litem* ; l'usage contraire est couramment admis en province. Nous croyons qu'il conviendrait de le généraliser.

Que peut comprendre cette provision *ad litem* ?

Elle peut comprendre, non seulement les déboursés susceptibles de taxe, mais encore, et au même titre, les émoluments de l'avoué et les honoraires de l'avocat,

pourvu, bien entendu, que ces émoluments soient conformes au tarif et que ces honoraires soient, sous le contrôle des tribunaux, fixés à un chiffre raisonnable et proportionnés tant à l'importance de l'affaire qu'à la situation pécuniaire des époux (Amiens, 21 décembre 1910. Gaz. Pal. 10 mars 1911).

Même limitée à ces frais, la provision ne peut être réclamée qu'à celui qui est en mesure de la verser ; elle ne pourrait donc être exigée de l'époux qui aurait obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire.

Il peut d'ailleurs, à première vue, sembler bizarre que l'une des parties puisse exiger de l'autre le versement de cette provision, puisque la loi du 22 janvier 1851, modifiée par la loi du 10 juillet 1901, dispose dans son article 1^{er} que l'assistance judiciaire peut être accordée, en tout état de cause, à toutes personnes, lorsque à raison de l'insuffisance de leurs ressources elles se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs droits en justice, soit en demandant, soit en défendant. Il n'en est rien : la provision *ad litem* suppose que la femme a des biens et, qu'à raison de cette circonstance, elle ne peut obtenir l'assistance judiciaire, mais qu'elle ne dispose pas des revenus de ses biens par suite de son régime matrimonial (1).

Les deux cas sont différents.

Paragraphe III. — Mesures Conservatoires.

A) Pouvoir du Président de statuer sur les mesures conservatoires dès la première ordonnance.

Parmi les caractères généraux (2) que présente l'ensemble des mesures provisoires et conservatoires, il en est un qui appartient tout particulièrement à ces dernières, c'est **l'urgence**.

L'article 242 du Code civil dispose que « l'un ou l'autre des époux peut, **dès la première ordonnance**,

(1) Planiol, Ripert et Rouast.

(2) Voir *supra*, page 67 et suivantes.

« et sur l'autorisation du juge, donnée à la charge d'en
« référer, prendre pour la garantie de ses droits des
« mesures conservatoires, notamment requérir l'ap-
« sition des scellés sur les biens de la communauté.

« Le même droit appartient à la femme, même non
« commune, pour la conservation de ceux de ses biens
« dont le mari a l'administration et la jouissance.

« Les scellés sont levés à la requête de la partie la
« plus diligente ; les objets et valeurs sont inventoriés
« et prisés, l'époux qui est en possession en est consti-
« tué gardien judiciaire à moins qu'il n'en soit décidé
« autrement ».

Il était à craindre que le mari n'abusât des pou-
voirs que lui confère sa qualité de chef de la commu-
nauté pour dilapider, dès les premiers jours, les biens
qui la composent ou même ceux des propres de sa
femme que ses pouvoirs d'administrateur lui donnent
la faculté d'aliéner, à savoir ses biens mobiliers. Sans
aller jusqu'à enlever au mari l'administration de la
communauté, — ce qui ne pouvait se faire qu'à la
condition de donner à la demande en divorce une
publicité qui eût averti les tiers, mais qui eût aussi di-
minué les chances de réconciliation des époux (1) —
les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu laisser
la femme désarmée en face d'un mari dont il est à
redouter qu'il obéisse au ressentiment que provoquera
chez lui la demande en divorce formée par elle, en
se vengeant sur les biens dont il a la garde.

Des mesures particulières, dont le trait commun
est qu'elles constituent des restrictions au principe sui-
vant lequel le mari reste le maître de la communauté,
s'imposaient dès les premières heures du débat. Leur
efficacité dépend de la rapidité avec laquelle elles
seront prises.

L'article 242 prévoit notamment l'apposition des scel-
lés. Il en est d'autres que la pratique a appliquées à la

(1) Colin et Capitant. Cours de droit civil français, page 221,
3^e édition.

procédure du divorce et de la séparation de corps: ce sont la saisie-arrêt, et la gérance d'un fonds de commerce par la femme pendant la durée de l'instance.

Comme nous l'avons vu, elles sont subordonnées à l'autorisation du juge qui ne peut la donner qu'à charge d'en référer. Une longue discussion s'est ouverte sur le sens de ce dernier mot: signifiaient-ils que le Président avait l'obligation d'en référer au tribunal, après les avoir ordonnées comme pour solliciter son approbation (1)? Ne valait-il pas mieux, au contraire, laisser au mot « référé » son sens habituel et interpréter cette phrase comme imposant aux parties l'obligation de revenir devant ce Président, siégeant comme juge des référés, s'il s'élevait des difficultés sur l'exécution des mesures conservatoires ordonnées. C'est à cette dernière interprétation que l'on s'est définitivement rallié (2).

B) Apposition des scellés.

Parmi les mesures conservatoires qui peuvent être requises, l'article 242 vise spécialement l'apposition des scellés. Rappelons d'un mot, que cette mesure consiste dans l'apposition par le juge de paix, assisté de son greffier, de bandes de toiles sur les meubles qui se trouvent dans une maison ou un établissement déterminé, accompagnée d'une description de tous les objets que l'on y trouve.

Ce droit appartient, en cas de divorce ou de séparation de corps, à la femme commune en biens, sur les biens de la communauté et même à la femme non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont le mari a l'administration ou la jouissance (article 242, 2^o alinéa).

On considère, généralement, que le droit pour la femme de faire apposer les scellés s'étend également sur les propres du mari lorsqu'elle a des reprises à

(1) Depeiges n° 81. Carpentier n° 416. Baudry, Lacantinerie et Chauveau n° 218.

(2) Dalloz. Rep. Prat. Vo divorce n° 424 et les références citées.

exercer et que les biens de la communauté sont insuffisants pour l'en couvrir. (Dalloz, V. Divorce n° 428).

Le Président n'autorisera d'ailleurs cette apposition de scellés que si la femme justifie, soit par son contrat de mariage, soit par tout autre titre, que cette mesure est indispensable à la conservation de ses droits.

Nous noterons en passant que certains auteurs (1) critiquent cette nécessité pour la femme d'obtenir l'autorisation du juge pour faire apposer les scellés, sous prétexte que cette mesure ne souffre aucun retard. Si l'on sait que l'ordonnance du magistrat peut être obtenue en quelques heures et qu'elle est exécutoire avant enregistrement, vu l'urgence, le mal dont on se plaint n'est vraiment pas grand et ne saurait autoriser le demandeur à se soustraire à l'obligation d'obtenir une autorisation qui se justifie, pour cette mesure comme pour les autres, par les considérations que l'on sait.

Le juge pourra ordonner que les scellés seront apposés, suivant les circonstances, soit sur les meubles et les objets qui garnissent l'appartement où est situé le domicile conjugal des époux, soit sur des meubles appartenant aux époux, mis en dépôt chez un tiers ; soit en province, soit enfin sur un fonds de commerce.

Ces trois derniers cas présentent quelques particularités.

Si les meubles appartenant aux époux sont mis en dépôt chez un tiers, il se peut qu'aucune contestation ne soit soulevée par ce dernier, mais il faut aussi prévoir l'hypothèse où, de connivence, peut-être, avec le mari, il s'opposerait à cette mesure, motif pris de ce que les meubles sont sa propriété. L'ordonnance qui autorise cette apposition de scellés est rédigée comme suit : « Autorisons la dame X... à faire apposer par M. le « juge de paix de..., les scellés sur les meubles dépen-
« dant de la communauté des époux X..., et se trouvant
« au domicile de Y..., sis à ..., rue ..., mais autant que

(1) Vraye et Gode, n° 595.

« Y.... reconnaîtra être détenteur des meubles dépendant
« de ladite communauté. Disons qu'en cas de contes-
« tation sur la propriété d'un meuble ou objet quel-
« conque, mention en sera faite sur le procès-verbal
« d'apposition de scellés. Disons que ladite apposition
« de scellés ne devra entraver, en aucune façon, la
« jouissance de l'appartement. Disons qu'il nous en
« sera référé en cas de difficultés, avant toute apposi-
« tion de scellés ».

On le voit, il n'est pas permis au juge de paix de passer outre aux réclamations du tiers; il doit nécessairement ajourner l'opération jusqu'à ce que le Président du Tribunal ait statué en référé sur ces difficultés.

Lorsqu'il s'agit de faire apposer les scellés en province, ou plus généralement en dehors du ressort du tribunal compétent pour prononcer le divorce ou la séparation de corps, le magistrat auquel est adressé la requête se borne à donner une commission rogatoire au Président du tribunal du lieu où se trouvent les objets à mettre sous scellés, à l'effet d'autoriser la demanderesse à les faire apposer par le juge de paix de l'endroit.

Dans l'hypothèse enfin où cette mesure s'applique à un fonds de commerce, l'ordonnance contient les prescriptions suivantes: « Autorisons..., sans toutefois que
« cela puisse entraver en aucune façon l'exploitation
« dudit fonds de commerce. Disons que tout ce qui
« ne pourra être mis sans gêne sous scellés sera décrit
« sommairement sur le procès-verbal d'apposition des
« scellés et que les livres de caisse et de comptabilité
« seront paraphés. Disons, qu'en cas de difficultés,
« il nous en sera référé **scellés préalablement apposés.** »

A la différence de ce qui se passait tout à l'heure, le juge paix pourra passer outre aux contestations soulevées par le mari : c'est qu'ici il n'y a plus à ménager l'intérêt de tiers étrangers à l'instance.

Les scellés ne restent pas indéfiniment apposés ; ils sont destinés à être levés à la requête de la partie la

plus diligente. La levée des scellés s'accompagne d'un inventaire dressé par un notaire. Au cours de cet inventaire, des questions plus ou moins délicates peuvent se poser qui nécessiteront, pour être résolues, l'intervention du juge des référés; nous les retrouverons dans le chapitre deuxième.

C) Saisie-arrêt.

En dehors de l'apposition des scellés et de l'inventaire qui en est la suite, toute mesure conservatoire peut être autorisée par le Président qui, à ce sujet, possède un pouvoir discrétionnaire. Les termes généraux employés par l'article 242 du Code civil permettent cette extension. C'est ainsi qu'il est aujourd'hui bien établi que la femme peut solliciter du juge, dès la première ordonnance, l'autorisation de pratiquer des saisies-arrêts sur toutes sommes, valeurs ou effets dûs ou appartenant à son mari. Ces saisies-arrêts pourront être faites entre les mains de toutes personnes qui se reconnaîtraient où seraient judiciairement déclarées débitrices envers lui ou envers la communauté. Elles pourront s'appliquer notamment aux dépôts de fonds, qu'il aura effectués dans un établissement de crédit. Elles pourront encore frapper la totalité ou le reliquat du prix dont l'acquéreur d'un fonds de commerce resterait débiteur envers la communauté. Ce prix sera représenté, le plus souvent, par des billets de fonds qui seront bloqués entre les mains du marchand de fonds qui les détient habituellement; il en sera constitué séquestre. Le juge pourrait-il autoriser une saisie-arrêt sur le contenu d'un coffre qu'une banque aurait mis à la disposition du mari? Non, parce que nous sommes ici en face d'un contrat de louage et non d'un contrat de dépôt. L'établissement de crédit ignorant en quoi consiste ce contenu ne pourrait faire la déclaration affirmative prévue par l'article 571 du Code de procédure civile. La demanderesse devrait, en parail cas, faire connaître à l'établissement débiteur qu'elle s'oppose à ce que ce coffre soit ouvert hors sa présence, et l'assigner, en même temps que son mari, en référé afin de nomination d'un séquestre de son contenu.

Quelles sont les créances pour la sûreté desquelles le juge pourrait autoriser cette saisie-arrêt ? Il le pourrait pour garantir à la femme le paiement de ses reprises qu'il évaluera provisoirement à une somme déterminée; il le pourrait également pour lui assurer le paiement de la pension alimentaire que son mari aura été condamné à lui verser. Pratiquée dans ce but, elle frappera le plus souvent les salaires de son mari, sans qu'il y ait lieu d'en limiter les effets au cas où ce salaire ne dépasserait pas annuellement six mille francs (article 63 du Code du travail, loi du 27 juillet 1921).

Comme toutes les ordonnances autorisant une saisie-arrêt, celle que rendra le magistrat conciliateur disposera qu'« elle sera signifiée cinq jours au moins avant « la dénonciation de l'opposition à la partie saisie, la- « quelle aura le droit de se pourvoir en référé, devant « lui, contre la présente ordonnance qu'il se réserve « expressément de rapporter pour le cas où la créance « alléguée ne serait pas suffisamment établie ».

La procédure de divorce ne fait pas obstacle à la saisie-arrêt entre époux, telle qu'elle a été réglementée par la loi du 23 juillet 1907. Mais comme c'est là une procédure qui se déroule devant le juge de paix, nous ne la mentionnons ici que pour mémoire.

D) Gérance de fonds de commerce par la femme pendant le cours de l'instance.

C'est une question assez fréquemment débattue de nos jours devant le magistrat conciliateur, que celle de savoir s'il convient de maintenir la femme, à titre de mesure provisoire, dans la gérance de l'établissement de commerce ou de l'industrie qu'elle dirige. La guerre a obligé bien des épouses à prendre la place de leur mari mobilisé, à la tête de ces établissements; les hostilités terminées, elles ont continué à prêter leur concours. L'une des mesures conservatoires qu'elles sollicitent, au début de l'instance, est d'être maintenue à la tête de cette exploitation. Le magistrat conciliateur peut-il faire droit à leur requête ?

Le principe d'où il faut partir dans l'examen de cette question est que le mari ne peut être dépouillé pendant l'instance de ses droits d'administrateur de la communauté (Paris 13 décembre 1921 D. P. 1922-2-8) (1).

Si utile que puisse paraître cette mesure, dans le cas où le mari se montre absolument indigne de gérer cette communauté ou dilapide les biens qui constituent le patrimoine commun des époux, il ne paraît pas possible d'y recourir sans contrevenir aux règles formelles posées par les articles 1388 et 1421 du Code civil. Quelque étendus que soient les pouvoirs conférés aux magistrats conciliateurs par l'article 242 du même code, l'exercice de ces pouvoirs ne peut aller jusqu'à dépouiller le mari d'un droit d'administration qui lui a été reconnu, de tous temps, en vertu d'un principe traditionnel de notre droit.

Mais, si ces considérations sont encore d'actualité, il convient de reconnaître que le législateur s'est lui-même départi de cette rigueur primitive. Cédant à l'opinion, il a admis un principe nouveau dont l'exemple le plus frappant nous est fourni par la loi du 13 juillet 1907. Nettement féministe, cette loi a introduit dans notre droit une innovation importante en conférant à la femme, sous tous les régimes, la libre administration de ses gains et de ses salaires ainsi que des biens provenant des économies en résultant. Le régime le plus gravement atteint est celui de la communauté. « Sa physionomie propre, suivant la remarque « tout à fait juste de MM. Colin et Capitant, comporte tant comme trait essentiel la subordination de la « femme au mari quant à la disposition et même à « l'administration de tous ses biens, de ses propres « comme de sa part de communauté, est tout à fait bouleversée lorsque la femme, et c'est le cas pour le « plus grand nombre des ménages, est soumise à la « nécessité du travail. Il y a, on peut le dire, une contradiction foncière et irrémédiable, entre le régime « de communauté et le principe nouveau (principe au-

(1) Colin et Capitant, T. 4, p. 221. Planiol, Ripert et Rouast, T. 2, n° 616.

« quelle appartient l'avenir) apporté par la loi de 1907.
« Cette contradiction se résoudra forcément un jour
« par l'élimination de l'un de ces deux principes anta-
« gonistes, aujourd'hui artificiellement juxtaposés. Et il
« n'est pas difficile de prévoir celui qui triomphera. » (1).

C'est encore au même mouvement féministe qu'obéit, croyons-nous, la jurisprudence, lorsqu'elle se laisse aller jusqu'à décider que la gestion d'un bien de communauté, d'un fonds de commerce par exemple, peut être enlevée au mari lorsque les intérêts de la femme risquent d'être mis en péril par sa négligence ou son impéritie (Poitiers 15 avril 1924 D. H. 1924, p. 403).

Mais il faut reconnaître à l'éloge de la jurisprudence **qu'elle n'accorde cette mesure que dans des cas limités**, lorsque, par exemple, il est établi que la femme est **l'âme de l'affaire** et qu'il est de **l'intérêt** de la communauté de la maintenir dans ses fonctions (Cour de Paris 27 juillet 1919, 10 janvier 1923, 27 mars 1926. Cas. 2 mars 1920, 11 février 1929). Dans toutes ces décisions, nous relevons cette considération que la femme exerçait, depuis longtemps, la direction de l'entreprise ou y apportait tout au moins une collaboration jugée indispensable (Paris 2 juillet 1919 précité), ou encore que le fonds de commerce était commun aux époux avant leur mariage et avait été apporté par chacun d'eux par moitié dans leur contrat (Cass. 2 mars 1920 précité), qu'enfin la femme avait toujours été l'animatrice de ce fonds, à l'exclusion de son mari, retenu par d'autres occupations (Paris 27 mars 1926 et Cass. 11 février 1929 précités).

Le fait pour la femme d'obtenir, pendant la durée de l'instance, la direction de l'entreprise, ne la dispensera d'ailleurs pas de rendre compte à son mari de la marche des affaires. Aussi pouvons-nous voir expressément mentionnée, dans la plupart des décisions intervenues en cette matière, l'obligation pour elle de: 1° remettre au mari le double de ses livres de caisse et de comp-

(1) Colin et Capitant, T. 3, p. 8, 4^e édition.

tabilité et tenir régulièrement lesdits livres à la disposition d'un expert comptable présenté par le mari et agréé par elle, ou, à défaut d'entente, commis en justice ; 2° Verser mensuellement au mari la portion de bénéfices nets excédant la somme globale afférente à la pension alimentaire et à la rémunération fixée pour le travail. Tout au plus, on le voit, la femme peut-elle prélever sur les **bénéfices** le montant de sa pension alimentaire et une somme représentant la rémunération de son travail. Elle ne saurait disposer de l'excédent. Plus large à ce point de vue est la décision intervenue le 27 mars 1926 (arrêt de la 6^e Chambre de la Cour de Paris) qui autorise la femme à percevoir le montant de sa pension alimentaire, non sur les bénéfices, mais sur les **recettes** de l'établissement.

En cela, cet arrêt diffère des précédents qui ont été rendus sur cette question.

De cet examen de la jurisprudence, il ressort que le mari ne saurait être dépouillé même en partie de ses fonctions d'administrateur de la communauté, que lorsque des circonstances exceptionnelles exigent cette mesure, nettement dérogatoire aux principes. Convient-il d'amplifier cette tendance ? Nous ne le croyons pas, car ce serait faire de la femme, à notre sens, l'associée du mari dans la gestion des biens communs. La formule Dumoulin « *uxor non est proprie socia, sed « tantum speratur fore* » doit, dans l'état actuel des textes, demeurer entière.

CHAPITRE DEUXIÈME

DEVANT LE JUGE DES RÉFÉRÉS

Paragraphe I. — Le Tribunal n'est pas encore saisi.

Nous avons vu que dans toute la période de temps qui s'écoule, entre le jour où le demandeur présente sa requête au Président du tribunal et le jour où, en vertu de l'ordonnance de non-conciliation, il fait délivrer l'assignation au défendeur ; dans toute cette phase préliminaire de la procédure où tout converge vers un essai de conciliation des époux, le magistrat conciliateur était amené à prendre, dans la limite des pouvoirs que lui confèrent les articles 236, 238 et 242 du Code civil, des mesures provisoires et conservatoires destinées à établir, pendant quelques mois, peut-être quelques années, un *modus vivendi* entre les deux époux. Lui seul est compétent pour les ordonner car lui seul a la connaissance des faits à l'exclusion du tribunal ; il statue, nous venons de le voir, comme juge conciliateur.

Mais il est aussi juge des référés ; il statue alors de la manière et dans les limites qui sont fixées par les articles 806 et suivants du Code de procédure civile.

L'article 242 du Code civil permet à l'un ou l'autre des époux de prendre, dès la première ordonnance et sur l'autorisation du juge, pour la garantie de ses droits, toutes mesures conservatoires, mais, c'est là le point important, cette autorisation ne peut être donnée qu'à **la charge d'en référer.**

C'est alors dans la plénitude de ses pouvoirs, après

un débat contradictoire entre les parties, que le Président, dans les cas prévus par l'article 806 du Code de procédure, rapporte, modifie ou complète les mesures conservatoires qu'il a ordonnées comme magistrat conciliateur. Sont-ce là les seules mesures dont il puisse connaître comme juge des référés ? Non, il peut y avoir urgence à modifier l'une quelconque des dispositions de l'ordonnance de conciliation; il le fera en vertu de l'article 806 du Code de procédure civile auquel l'article 238 ne fait que renvoyer. Aucune limitation n'est imposée par les textes à sa compétence telle qu'elle est établie par les principes généraux qui régissent la matière.

Paragraphe II. — Le Tribunal est saisi.

A partir de ce moment, les choses ne vont plus aussi simplement. Une longue discussion s'est ouverte dont le point de départ doit être cherché dans les termes restrictifs qu'emploie l'article 238 alinéa 5 du Code civil.

La loi du 18 avril 1886 a introduit dans l'article 238 cette disposition: « lorsque le tribunal est saisi, les « mesures provisoires prescrites par le juge peuvent « être modifiées et complétées au cours de l'instance, « par jugement du tribunal sans préjudice du droit « qu'a toujours le juge de statuer en tout état de cause « en référé sur la résidence de la femme ». Le référé ne serait-il donc recevable qu'à propos de la résidence de la femme ? On l'a soutenu, et à l'appui de cette interprétation restrictive on argumentait de ce que les articles 238 et 240 du Code civil attribuent la décision sur les mesures provisoires, soit au juge conciliateur, qui donne l'autorisation d'engager l'instance, soit au tribunal ou à la cour d'appel saisis au fond et ne supposent le référé que pour le cas tout spécial de la résidence de la femme (Pau 10 août 1887 D. P. 1888 2-242. Paris 10 janvier 1889 D. P. 1890 2-333. Bordeaux 3 juin 1892 D. P. 92 2-524. Montpellier 31 janvier 1895 D. P. 1895 2-355). C'était cependant une jurisprudence bien établie que celle qui, antérieurement à la loi de 1886, reconnais-

sait d'une manière générale au Président le pouvoir de statuer dans les termes de l'article 806 du Code de procédure civile au cours d'une procédure de séparation de corps: « Attendu, disait un arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juillet 1879 (D. P. 1891 1-209) qu'aux termes des articles 806 et suivants du Code de procédure civile, il appartient au Président du tribunal de première instance ou au juge qui le remplace de statuer provisoirement en cas d'urgence; que le principe de compétence ainsi consacré étant général et absolu, il n'y a point de raison pour refuser de l'appliquer à la garde des enfants durant l'instance en séparation de corps et que pour admettre une pareille exception, il faudrait qu'elle fût expressément dans la loi ».

La loi de 1886 a-t-elle donc voulu modifier cette jurisprudence? Rien dans les travaux préparatoires ne permet de le supposer (1). A côté des pouvoirs que le Président du tribunal civil exerce en qualité de magistrat conciliateur, dont il cesse d'ailleurs de pouvoir faire usage lorsque le tribunal est saisi, il possède une compétence générale pour statuer comme juge des référés sur tous les cas d'urgence. La loi de 1886 y fait allusion dans l'hypothèse où il s'agit de la résidence de la femme. A-t-elle voulu la limiter à ce cas unique? Non, car elle n'aurait pu le faire que par une disposition formelle. Or cette disposition n'existe pas; il faut donc s'en rapporter au droit commun, à la tradition constante de la compétence du juge des référés pour statuer sur toutes mesures urgentes et provisoires (2).

C'est à cette interprétation extensive que s'est rangée, en définitive, la jurisprudence (Lyon 3 juin 1891, Nîmes 16 février 1892. Cass. Req. 8 mars 1916 D. P. 1916 1-73 et la note signée L. S. Cass. Civ. 29 mai 1922.

(1) Frank. De l'application de la procédure de référé en matière de divorce. Thèse Paris 1912.

(2) Planiol, Ripert et Rouast, Tome 2, n° 593. Colin et Capitant Tome 1, p. 226. Dalloz, supplément au Rép. Vo divorce n° 373. Note signée L. S. sous Cass, Req. 8 Mars 1916.

Gaz. Pal. 1922 2-222, Montpellier 23 juillet 1925 Gaz. Pal. 1925 2-508. Bordeaux 21 janvier 1926 D. H. 1926-210).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 29 mai 1922 motive en ces termes sa décision « La Cour, vu l'article « 806 du Code de procédure civile ; attendu que d'après « ce texte, dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il « s'agit de statuer, provisoirement, sur les difficultés « relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un « jugement, il est procédé par le juge des référés ; « que ce principe de compétence est général et absolu ; « que dès lors, à défaut d'une disposition formelle en « sens contraire, il doit être appliqué au cours d'une « instance en séparation de corps ou en divorce à la « pension alimentaire aussi bien qu'à toute autre me- « sure provisoire et urgente ».

La jurisprudence, en cette matière comme en beaucoup d'autres, aura précédé le législateur : le 5 mai 1894, le garde des sceaux Dubost déposait sur le bureau de la Chambre des députés un projet de refonte du Code de procédure réorganisant le référé. Trente-cinq ans après, ce projet n'a encore que partiellement abouti(1).

En l'état des derniers travaux parlementaires, la réforme proposée serait la suivante : « Article 806. Le

(1) Il nous paraît intéressant, pour montrer la lenteur des travaux parlementaires pour tout ce qui ne touche pas à la politique pure, de donner un aperçu des vicissitudes qu'à traversées ce projet :

5 Mai 1894. Le garde des sceaux Dubost dépose sur le bureau de la Chambre des Députée, un projet de refonte du Code de Procédure civile, réorganisant le référé.

25 Oct. 1898 Le garde de sceaux Sarrien reprend le projet,

7 Nov. 1911 Le garde des sceaux Cruppi dépose sur le bureau de la chambre, un projet de loi "relatif à l'extension de la compétence du Tribunal Civil en " matière de référé".

23 Déc. 1913 Le garde des sceaux Viviani reprend le projet.

11 Déc. 1917 Dépôt du rapport de M. Bendet sur l'art. 11 relatif au référé (article disjoint de l'ensemble du projet).

« Président du tribunal de première instance, ou le juge
« qui le remplace, pourra être saisi, par la voie du ré-
« féré, dans tous les cas d'urgence ou lorsqu'il s'agira
« de statuer provisoirement sur les difficultés relatives
« à l'exécution d'un titre exécutoire d'un jugement ou
« d'un arrêt.

« Le juge des référés aura la faculté de prescrire,
« même d'office, tout constat, toute visite de lieu, toute
« vérification, toutes expertises, toutes nominations de
« séquestres justifiés par l'urgence du litige.

« Il pourra être également saisi de toutes les difficul-
« tés, contestations ou modifications relatives aux me-
« sures **provisoires** prescrites par décision de justice,
« en matière de divorce ou de séparation de corps,
« mais en cas d'**extrême urgence seulement**. Le Prési-
« dent devra indiquer dans l'ordonnance les motifs de
« cet ordre qui l'auront déterminé à statuer ».

« Article 808 : Dans le cas d'extrême urgence, le
Président.... (le reste sans changement).»

Les raisons de cette extension, données par M. le
sénateur Poulle (doc. parlam. Sénat 1920 ann. 327)

26 Fév. 1919 Adoption par la chambre du projet relatif aux
référés.

11 Mars 1919 Dépôt du projet au Sénat.

14 Janv. 1920 Le Sénat est saisi d'un autre projet de loi sur le
référé. Ses auteurs déclarent se rallier au texte
voté par la chambre le 26 Février 1919 et le pren-
dre pour base de la discussion.

8 Juil. 1920 Dépôt du rapport de M. Poulle.

2 Juin 1922 Dépôt du rapport de M. Constances sur les projets
de la chambre et du sénat (chambre des députés
P. V. de la séance du 2 Juin 1922 n° 4.400).

C'est de ce projet de loi, et plus spécialement de l'article 2 de
ce projet, qu'est, enfin, sorti la loi du 11 Mars 1924, instituant la
procédure des référés en matière commerciale et modifiant l'arti-
cle 417 du Code de Procédure Civile. L'article 1^{er} du projet relatif
aux modifications apportées aux articles 806 à 810 du C. P. C. fut
disjoint. M. Poule dans son rapport du 22 Février 1924. (Docum.
Parlem. Sénat 1924 Ann. 72) exprimait le désir que la Chambre fut
de nouveau bientôt saisie du projet de loi étendant la compétence
du juge des référés. Voix bien faible, perdue dans le brouhaha
des délibérations !

nous paraissent tout à fait justifiées : « Comment ad-
« mettre, dit-il, qu'en cas de maladie de l'un des en-
« fants, d'épidémie éclatant là où se trouve l'enfant, de
« disparition du conjoint auquel la garde de l'enfant
« avait été confié, des mesures commandées par l'ur-
« gence ne puissent être prises, en tout état, par le
« juge des référés... Il était donc nécessaire de se
« prononcer législativement en faveur des pouvoirs du
« juge des référés ; il le fallait en présence également
« des articles 239, 240 et 242 du Code civil, susceptibles
« de donner lieu à des controverses à cet égard. »

Nous ne voyons toutefois aucune bonne raison, pour reconnaître la compétence au juge des référés, lorsqu'il s'agit de statuer sur une mesure provisoire, d'exiger que l'on soit en face d'un cas **d'extrême** urgence. Comment la distinguer de l'urgence ? Les nuances seront parfois bien subtiles ; mieux vaut, croyons-nous, comme le fait la jurisprudence (Cass. Civ. 4 mai 1910. S. 1912 1-580, Arrêt rendu conformément aux conclusions de M. le procureur général Baudoin) s'en tenir au bon vieux cas d'urgence et admettre la compétence du juge des référés toutes les fois qu'il s'agit de modifier, transformer ou rapporter une mesure qui ne saurait s'accommoder de la procédure nécessairement lente en usage devant le tribunal civil.

Le principe de la compétence générale et absolue du président du tribunal civil statuant comme juge des référés étant ainsi reconnu par la jurisprudence, les différentes applications qu'elle en fait concernent :

La garde des enfants, avec les différentes questions qui s'y rattachent, comme le **droit de visite** au profit de celui à qui ils ont été enlevés (Montpellier 23 juillet 1925 Gaz. Pal. 1925 2-508) ; Le **partage des vacances**, qui peut n'avoir pas été prévu dans l'ordonnance de non conciliation ; **l'éducation des enfants, leur instruction**, le père ou la mère qui n'a pas le droit de garde conservant toujours un droit de contrôle sur l'éducation, l'instruction générale donnée à ses enfants ; les droits des **grands parents**, de demander à voir leurs petits-enfants à certains jours et à certaines heures.

Le juge des référés pourrait-il aller jusqu'à retirer le droit de garde attribué à l'un des époux pour le conférer à l'autre ? Nous ne le pensons pas, car ce serait lui retirer le droit lui-même.

La **pension alimentaire** que le juge des référés peut augmenter en cours d'instance, si les circonstances se sont modifiées au point de rendre insuffisantes celle qu'a allouée le magistrat conciliateur, et alors même que cette dernière aurait été maintenue à son chiffre primitif par un jugement avant dire droit ordonnant enquête (Cass. Req. 8 mars 1916 D. P. 1916 1-73 ; Cass. Civ. 20 mai 1922 Gaz. Pal. 1922 2-222 Bordeaux 21 janvier 1926 D. H. 1926 3-211). Le débiteur de cette pension saisirait à bon droit la juridiction des référés pour s'en faire décharger, au moins provisoirement, si des circonstances particulières l'empêchaient d'en acquitter les termes, et ce, afin d'éviter les poursuites auxquelles il pourrait être exposé pour abandon de famille en vertu de la loi du 7 février 1924 (1).

Enfin et bien entendu la **résidence de la femme**, le cas étant formellement prévu par l'article 238.

Dans l'ordre des **mesures conservatoires** la compétence du juge des référés s'étend à toutes les difficultés soulevées par les opérations suivantes :

L'apposition des scellés peut avoir frappé des meubles et objets mobiliers appartenant à un tiers ; elle peut avoir été pratiquée sur un fonds de commerce dont elle gêne l'exploitation. C'est en référé que le Président appréciera le bien-fondé de la revendication des tiers ; ordonnera, si besoin est, la main-levée pure et simple ou avec inventaire ; règlera les difficultés occasionnées par la présence dans un coffre, mis sous scellés, d'objets ou de titres appartenant à des clients ou encore de fonds mis en réserve pour une échéance prochaine ; conciliera par une décision appropriée, le droit de l'époux requérant avec celui d'un co-associé qui

(1) Emile Godart. Le divorce et la séparation de corps au point de vue des intérêts pécuniaires 1928, n° 5.

invoque les clauses sociales pour s'opposer à tout contrôle des affaires de la société.

L'inventaire qui accompagne la levée des scellés destiné à assurer la conservation des droits des parties ne doit pas être le prétexte, pour l'une d'elles, de se livrer à une perquisition dans les papiers personnels de son conjoint. Si, au cours de cette opération, le notaire instrumentaire découvre des papiers de cette nature, il devra renvoyer les parties à se pourvoir en référé et le Président pourra ordonner que ces papiers resteront confiés au notaire jusqu'à l'issue du procès.

Toutefois, si ces papiers et documents, strictement confidentiels, étaient de nature à constater les droits pécuniaires des époux et présentaient un intérêt évident pour l'établissement des forces actives ou passives de la communauté — comme tel serait le cas d'un agenda où un médecin aurait inscrit ses visites journalières et le prix de ses visites — le juge des référés devrait ordonner de les comprendre dans l'inventaire (Référés Trib. Civil de Rouen 15 mai 1926, D. H. 1926 p. 447).

Les **saisies-arrêts**. On sait que c'est là une mesure très grave qui peut immobiliser des capitaux considérables pour sûreté d'une créance contestable ou d'un chiffre minime. Pour parer à cet inconvénient, la pratique s'est établie au Tribunal de la Seine d'insérer dans l'ordonnance autorisant une saisie-arrêt sans titre une clause, par laquelle le juge subordonne l'autorisation de pratiquer la saisie-arrêt « à la condition qu'il lui « en sera référé en cas de difficultés », c'est la clause dite du « Président de Belleyne ». Rendue efficace par le procédé ingénieux de la pratique qui a dissocié la dénonciation de saisie-arrêt de l'assignation en validité, permettant ainsi au débiteur saisi de saisir la juridiction des référés avant que le tribunal le fût lui-même, cette clause a conféré au magistrat les plus larges pouvoirs, dont il peut user soit en maintenant l'ordonnance en tout ou partie, soit en la rétractant entièrement, lorsqu'il lui sera démontré que les renseignements ou les documents qui lui ont été fournis sont inexacts ou

tendancieux, si l'époux contre qui un droit de créance a été allégué n'est pas débiteur ou s'il présente des garanties de solvabilité suffisantes.

Il y aurait encore lieu à référé si le débiteur saisi voulait obtenir le cantonnement des effets de la saisie-arrêt, comme le lui permet la loi du 17 juillet 1907 (article 567 du Code de procédure civile), elle-même consécration légale d'une ancienne pratique qui a pris naissance sous la Restauration (1). Le juge des référés serait encore compétent pour accorder au mari, vendeur d'un fonds de commerce, l'autorisation de toucher le prix de vente, malgré l'opposition faite par la femme au paiement du prix (Art. 3 loi du 17 mars 1909).

Rappelons enfin la procédure particulière à laquelle donnerait lieu une mesure conservatoire pratiquée sur un coffre-fort, mis en location par un établissement de crédit (2).

Les constitutions de séquestres.

Les articles 1421 et suivants du Code civil confèrent au mari seul le droit d'administrer les biens de la communauté; son droit ne cesse que par la dissolution de cette communauté. Jusque-là, il ne saurait en être dépouillé, quelles que soient les raisons qui militent en faveur de cette mesure. Ce principe conduit notamment à décider que pendant toute la durée de l'instance en divorce ou en séparation de corps, le mari continuera à exercer cette prérogative. Mais ce serait une naïveté de le croire capable de se comporter toujours en bon administrateur et les exemples sont nombreux de maris qui s'efforcent de réduire à sa plus simple expression l'actif de la communauté. L'article 243 permet, il est vrai, à la femme, de faire déclarer nulle toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date

(1) M. Morel à son cours de voies d'exécution.

(2) Voir supra, page 93.

de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235, s'il est prouvé, d'ailleurs, qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme. C'est l'action poulienne; mais ce n'est là qu'un moyen répressif qui risque fort de ne donner aucun résultat si le mari s'est rendu insolvable. A ce procédé d'efficacité douteuse on a cherché à en substituer un autre et l'on s'est demandé s'il ne serait pas possible à la femme, pour assurer, par des mesures effectives, la conservation de ses droits, de faire nommer au début de l'instance un administrateur séquestre des biens de la communauté. La tentative a été vaine : Diversement résolue sous l'empire de l'ancien article 242 du Code civil, la question a été tranchée négativement par arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mars 1889 (D. P. 89 1-444 avec le rapport de M. le conseiller Féraud-Giraud) et plus récemment par la Cour de Paris (Paris 31 juil let 1917; 24 décembre 1919 D. P. 1920 2-74). Par son arrêt du 24 décembre 1919, la Cour de Paris décide que le mari ne peut être privé par les mesures conservatoires du droit d'administration que lui confèrent les articles 1421 et 1428 du Code civil et qu'il tient de « sa qualité même ». Ce droit ne peut lui être enlevé que par la décision définitive qui dissout la communauté. « L'article 242, dit la Cour, n'infirme en rien « ce principe ; il donne seulement la possibilité d'en « tempérer l'application dans ce que sa rigueur pourrait « dans certains cas avoir de préjudiciable aux intérêts « de chacun des époux, suivant qu'on se trouverait, par « exemple, en présence de l'impéritie, de l'incapacité « ou des dilapidations du mari, mettant les biens de la « femme en péril ; c'est là, pour le juge, une question « d'opportunité et de mesure qui doit résulter pour « lui des circonstances de la cause soumise à son exa-
« men ».

Est-ce à dire que la femme sera dépourvue de tout moyen d'action dans cet ordre d'idées? Non, mais cette mesure ne pourra s'appliquer qu'à certains biens déterminés, soit propres, soit acquêts de communauté ; elle exigera, pour pouvoir être ordonnée, que ces biens soient **détournés de leur but, ou soient mis en péril**

par la mauvaise administration du mari, son impéritie ou ses dilapidations (Paris 31 juillet 1917 et 24 décembre 1919 précités).

Dans ces limites, les principales interventions du juge pourront être les suivantes :

Si, à la suite d'une apposition de scellés, une contestation s'élève sur la qualité de propres ou de communes de valeurs trouvées dans un coffre et si la femme a été autorisée par le magistrat conciliateur à toucher les revenus de ses propres, le juge des référés pourra ordonner la remise de ces valeurs entre les mains d'un tiers.

Lorsque des saisies-arrêts auront été pratiquées entre les mains de locataires, un séquestre pourra être nommé, qui aura pour mission de toucher les loyers, de prélever, pour le remettre à la femme, le montant de sa pension alimentaire et verser le surplus au mari.

La gestion d'un fonds de commerce exploité en commun par les époux pourrait être confiée à un tiers, s'il était à craindre que le mari ne le laissât périliter par impéritie ou méchanceté, voire même à la femme, si cette dernière était l'âme de l'affaire. Il pourrait en être de même d'une exploitation rurale, indivise entre la communauté, les enfants des époux et la femme elle-même (Req. 28 juin 1911 D. P. 1914 1-56).

Pareille mesure pourra être ordonnée toutes les fois que l'intérêt des parties l'exigera, sans que le juge doive s'en tenir aux cas prévus par l'article 1961 du Code civil, l'énumération de cet article n'étant pas limitative (Paris 29 juillet 1919 D. P. 1920 2-74).

Dans les exemples qui précèdent, c'est, une fois l'instance engagée, que la partie qui sollicite la désignation d'un séquestre s'est pourvue en référé. Mais est-elle toujours, dans tous les cas, obligée d'agir ainsi ? Le juge des référés peut, dès avant la présentation de la requête en divorce ou en séparation de corps, en cas d'urgence exceptionnelle, après avoir permis de citer d'heure à heure, si le mari cherche déjà à dis-

traire ou à compromettre les biens de la dot de sa femme, nommer un séquestre desdits biens. Le demandeur doit pouvoir toutefois présenter au magistrat sa requête toute prête à être déposée et justifier qu'un retard d'une seule journée lui serait préjudiciable.

Telle est, du moins, la pratique suivie devant le tribunal de la Seine. Elle nous paraît, dans son ensemble, concilier très heureusement les nécessités de la protection des intérêts légitimes de la femme avec le respect des principes essentiels de notre droit matrimonial.

CONCLUSION

L'étendue des pouvoirs du Président du tribunal civil dans la procédure du divorce et de la séparation de corps apparaît considérable. Dès la présentation de la requête, le magistrat est amené à prendre toute une série de décisions touchant les points les plus divers. Les unes, comme l'autorisation donnée au demandeur de citer son conjoint en conciliation ou de l'assigner devant le tribunal, nous les appellerons nécessaires, parce qu'elles sont la conséquence inévitable du fait que le demandeur se refuse à toute conciliation ; les autres, au contraire, et ce sont toutes les décisions qui statuent sur les mesures provisoires et conservatoires, offrent cette particularité qu'elles supposent, pour être rendues, que l'une des parties les provoquent et que l'autre peut en solliciter la modification ou le retrait. Pour les prendre, le Président jouit d'un pouvoir discrétionnaire qu'il exerce au mieux de l'intérêt des parties.

L'assignation n'a point pour effet de lui retirer la connaissance de l'affaire. Outre que ses fonctions de Président du tribunal l'appellent à la direction des débats, il est amené comme juge des référés à connaître, à nouveau, des questions qui réclament une solution urgente.

Son intervention est de tous les instants.

Il exerce, particulièrement dans toute cette phase préliminaire de l'instance en divorce ou en séparation de corps, une véritable juridiction. C'est tout un débat judiciaire qui se déroule dans son cabinet, lors de la tentative de conciliation proprement dite, lorsque s'agite une question de compétence que la jurisprudence dernière lui reconnaît le pouvoir de trancher. Pour les

raisons de fait et de droit que nous avons cru pouvoir donner, nous avons dit jusqu'à quel point il convenait d'étendre ainsi sa compétence.

La procédure du divorce, telle qu'elle est régie actuellement par les articles de notre Code, exige la comparution personnelle du demandeur lors de la présentation de la requête.

Nous avons constaté l'inutilité de cette première comparution au moins dans les grands centres et surtout à Paris où la pratique l'a transformée en une pure formalité.

Pour mettre les textes en harmonie avec les faits, certain parlementaire a proposé — et le Sénat a accepté — de supprimer l'obligation imposée par l'article 234 à l'époux demandeur de présenter sa requête en personne, tout en laissant au Président du tribunal la possibilité d'entendre les explications de la partie demanderesse, si cela lui paraît nécessaire.

Nous ne pensons pas encourir le reproche de vouloir favoriser la rupture du lien conjugal en affirmant qu'aucun motif sérieux ne s'oppose à ce que cette innovation soit favorablement accueillie par la Chambre des députés. Nous serions le premier à la combattre s'il était à craindre qu'elle pût avoir des conséquences néfastes. Les faits se chargeront de démontrer qu'il n'y aura rien de changé. Le nombre des demandes en divorce soumises à l'examen de nos tribunaux restera le même ; il serait à souhaiter seulement qu'elles soient plus difficilement accueillies.

S'inspirant toujours du même esprit de simplification et consacrant une pratique admise par la jurisprudence, le texte voté par le Sénat étend au profit du demandeur, lors de la tentative de conciliation, le bénéfice de la commission rogatoire jusqu'alors concédé au défendeur seul.

Les parties continuent toujours à être tenues de comparaître **en personne**. Il nous paraît nécessaire qu'elles puissent se faire **assister** de leurs avoués ou de

leurs avocats lorsqu'il s'élève dans le cabinet du juge un débat de la nature de celui que provoque une exception d'incompétence soulevée par le défendeur.

L'article 877 du Code de procédure civile, édicté pour la séparation de corps, et appliqué a fortiori au divorce, dispose dans sa rédaction actuelle que « les parties seront tenues de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoués ni de conseils ». La réforme que nous nous permettons de suggérer pourrait être réalisée par la suppression de ce dernier membre de phrase.

En fait la tâche du magistrat conciliateur paraît de plus en plus lourde. Elle suppose, pour être accomplie, une sûreté de soi-même, une autorité, voire même un prestige qu'un Président de tribunal paraît seul apte à posséder.

Il fut, il y a quelque temps, dans les intentions du législateur, de conférer aux juges de paix les attributions du Président du tribunal civil en matière de conciliation de divorce et de séparation de corps. Quels que soient la compétence et le dévouement qu'il faille reconnaître à nos magistrats cantonaux, il apparaît tout à fait inopportun d'opérer semblable transfert sous peine de rompre cette unité de juridiction de la procédure de conciliation et de l'instance, dont nous avons dit qu'elle était seule capable d'expliquer et de légitimer l'extension de compétence que vient de consacrer la Cour suprême au profit du magistrat conciliateur. Donner suite à ce projet serait faire peser sur nos juges de paix une responsabilité dont ils ne paraissent pas vouloir assumer les risques.

Mieux vaut sur ce point nous en tenir à ce qu'ont fait nos ancêtres. Sur celui-là, comme sur bien d'autres, l'expérience a montré que c'était encore eux qui avaient raison.

VU
et permis d'imprimer
Le Recteur de l'Académie de Paris,
POUR LE RECTEUR
L'Inspecteur de l'Académie,
MAURELLET.

VU : *Le Président,*
MOREL.

*Le Doyen de la Faculté
de Droit de Paris,*
BERTHÉLEMY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Introduction	5

PREMIÈRE PARTIE

LA DOUBLE TENTATIVE DE CONCILIATION .	11
---------------------------------------	----

CHAPITRE I. — PREMIÈRE ORDONNANCE.

Paragraphe I. — Présentation de la requête.

A - Nécessité pour le demandeur en divorce de la présenter en personne.	
B - Cas où le demandeur est dans l'impossibilité de comparaître	14
a) il habite le ressort du Tribunal.	
b) il habite hors le ressort du Tribunal.	
Commission rogatoire. Jurisprudence et tendance législative.	16

Paragraphe II. — Rôle du magistrat saisi de la requête.

A - Observations au demandeur.	28
B - Fixation d'un jour pour la tentative de conciliation. Permis de citer	29
C - Faculté pour le juge de statuer sur la résidence provisoire de l'époux demandeur et sur les mesures conservatoires. Renvoi	30

D - Cas où le juge statue sur commission rogatoire	30
--	----

<i>Paragraphe III. — Nature de la première ordonnance.</i>	33
--	----

CHAPITRE 2. — DEUXIÈME ORDONNANCE.

Paragraphe I. — Comparution des parties devant le Magistrat conciliateur.

A - Les deux parties se présentent.	37
B - Le Demandeur se présente seul. Ordonnance de défaut.	38
C - L'une des deux parties est dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge.	39
a) cas prévus par la loi.	39
b) Extension de la commission aux cas non prévus.	40
c) Projet de réforme législative.	42

Paragraphe II. — Rôle du Magistrat conciliateur.

A - Les parties se réconcilient.	46
B - La tentative de conciliation échoue	
Cas où le défendeur soulève l'exception d'incompétence. Pouvoirs du juge.	46
C - Permis d'assigner. Faculté d'ajourner les parties.	61
D - Mesures provisoires et conservations. Renvoi.	62

<i>Paragraphe III. — Nature de la deuxième ordonnance.</i>	63
--	----

DEUXIÈME PARTIE

MESURES PROVISOIRES ET CONSERVATOIRES

CHAPITRE I. — DEVANT LE MAGISTRAT CONCILIATEUR.

Paragraphe I. — Généralités 67

Paragraphe II. — Mesures provisoires.

A - Résidence. Pouvoirs du Président de statuer sur
la résidence du demandeur, dès la première
ordonnance 70

B - Remise des effets personnels 75

C - Garde des enfants 77

D - Pension alimentaire 80

E - Provision ad litem. 86

Paragraphe III. — Mesures conservatoires.

A - Pouvoirs du Président de statuer sur les mesures
conservatoires dès la première ordonnance. . . . 88

B - Apposition des scellés. 90

C - Saisies arrêts. 93

D - Gestion de Fonds de Commerce 94

CHAPITRE 2. — DEVANT LE JUGE DES RÉFÉRÉS.

Paragraphe I. — Le Tribunal n'est pas encore saisi. 99

Paragraphe II. — Le Tribunal est saisi. 100

Conclusion 111

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Dalloz. — *Répertoire Pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence.*
Dalloz. — *Supplément au Répertoire.*
Colin et Capitant. — *Cours de Droit civil français.*
Aubry et Rau, revu par Bartin. — *Cours de Droit civil français.*
Planiol et Ripert. — *Traité Pratique de Droit civil français.*
Tome II, *La Famille*, avec le concours de M. André Rouast.
Pillet et Niboyet. — *Manuel de D. I. P.*
Garsonnet et César-Bru. — *Précis de procédure civile.*

OUVRAGES SPÉCIAUX

- Mérignhac. — *Traité théorique et pratique des ordonnances sur requête et des référés.*
Vraye et Gode. — *Le Divorce et la Séparation de corps.*
Arthur Pierard. — *Divorce et Séparation de corps. Traité théorique et pratique suivant la législation, la doctrine et la jurisprudence belges et françaises et le Droit international.*
P. Boyer. — *Procédure en matière de Conciliation de Divorce et de Séparation de corps. Petit Formulaire suivi de Jurisprudence.*

THÈSES

- Delautel. — *Pouvoirs spéciaux du Président du Tribunal civil dans la procédure du Divorce.* Paris, 1908.
Frank. — *De l'Application de la procédure de Référé en matière de Divorce.* Paris, 1912.

REVUES

- Revue Trimestrielle de Droit civil.*
Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.

MONOGRAPHIE

- H. Perreau. — *Le Divorce et son abolition.* Revue catholique des Institutions et du Droit. Année 1925.

